

# 노동판례리뷰

## 동일사유에 기초한 감봉처분과 전직명령의 법적 성격 및 전직명령의 업무상 필요의 의미

- 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20447 판결 -

### 【판결요지】

1. 이 사건 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 업무 능력의 증진, 직장 질서의 유지나 회복, 근로자간의 인화 등의 사정도 포함된다.

이 사건에서 원고 은행은 피고보조참가인 근로자(지점장)에 대하여 업무지원역 발령(원고 은행이 시행 중인 ‘후선역 관리방안’에 따라 현업배치 제한이 필요하다고 인정되는 ‘사고자 및 징계자’에 대하여 인사위원회 심의를 거쳐 은행장이 발령 여부를 결정)을 하였다. 업무지원역 발령으로 인해 기본급의 85%만을 지급받고, 임금 인상이 되지 않으며, 업무실적이 목표 기준액(업무지원역 발령 이전 총급여액 80%)의 70% 미만인 경우 급여

가 추가로 20% 삭감되는 불이익이 있으나, 목표 기준액 이상을 달성하면 인사위원회 심의 후 은행장의 결정에 따라 현업 복귀가 가능하였다. 이 사건에서 쟁점은 업무지원역 발령의 법적 성격이 징계처분에 해당하는지, (그렇지 않다면) 인사명령의 일환인 전직처분의 정당성이 인정되는지 여부이다.

첫 번째 쟁점에 관하여, 대법원은 이 사건 업무지원역 발령은 근로자의 업무능력 제고를 위한 인사상 조치이고 이로 인해 근로조건에 불이익이 있더라도 징계처분으로 볼 수 없다는 취지로 판시한 원심의 판단을 수긍하였다. 종래 대법원은 직위해제 내지 대기발령이 징계와는 그 성질이 다른 인사명령이라고 보았다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결 등 참조).<sup>1)</sup> 또한 대법원은 업무실적이 부진한 은행 직원들을 ‘역직위 운영기준’에 따라 임금이 삭감되는 업무추진역으로 발령한 사건에서 이러한 전보명령이 사실상의 징계처분에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다(대법원 2008. 8. 21. 선고 2008두9188 심리불속행 판결). 이러한 판례의 연장선상에서 대법원은 이 사건 업무지원역 발령의 법적 성격을 징계처분이 아닌 인사명령으로 판단한 것으로 보인다. 그런데 이 사건의 경우 감봉처분(3개월)과 업무지원역 발령이 동일한 사유에 기초하여 이루어졌음에도 불구하고 대법원은 이를 통틀어 하나의 징계처분으로 볼 수 없다고 하였다. 여기서 다음과 같은 의문이 생긴다. 이 사건 업무지원역 발령은 외견상 징계처분이 아닌 인사명령의 일환으로서 이루어진 것으로 보여지나 실질적으로는 감봉 3개월의 징계처분에 더하여 지점장 업무로부터의 배제와 임금 삭감 등 상당한 불이익이 수반되는 조치로서, 이러한 감봉처분과 업무지원역 발령을 통틀어 하나의 징계처분으로 볼 수 있지 않는가 하는 점이다. 더구나 대법원은 이 사건 이전의 사례에서 은행 직원이 감봉처분과 동시에 동일한 징계사유로 이른바 역직위 조치를 받아 급여의 50%가 삭감된 채 감봉처분 기간이 지난 뒤에도 무기한 자택 대기를 한 경우, 역직위 조치는 감봉처분과 동일한 징계사유에 기하여 함께 이루어졌으므로 감봉처분과 역직위 조치를 포함하여 하나의 징계로 보아 징계양정의 과중 여부를 판단하여야 한다고 판시한 바 있다(대법원 2007. 10. 12. 선고 2007두

1) 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 의미하므로, 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르고, 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 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결).

15896 판결 참조). 이러한 선례와 이 사건 대상판결 간에는 사실관계에서 다소의 차이(선례의 경우 역직위 조치에 따른 무기한 자택 대기가 이루어진 반면에 대상판결의 경우 업무지원역으로 근무하면서 목표 기준액 이상 달성 시 현업복귀가 가능했던 점 등)가 있기는 하나, 그렇다고 하여 대상판결에서 뚜렷한 이유를 제시하지도 않은 채 선례와는 다른 결론을 이끌어낸 것에 대하여 납득하기 어렵다.

이 사건의 두 번째 쟁점인 전직처분의 정당성에 관하여, 대법원은 이 사건 업무지원역 발령은 그로 인하여 근로자가 입은 생활상의 불이익이 현저히 크다고 할 수 없으므로 인사권의 범위 내에 속한다고 한 원심의 판단은 정당하다고 보았다. 그 전제로서 대법원은 이 사건 대상판결에서 전직처분의 정당성에 관한 종래의 판례법리(전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익 양자의 비교·교량, 신의칙상 요구되는 협의절차 준수 여부 등)를 설명한 다음에, 앞에서 기술한 【판결요지】 2.의 내용을 추가하고 있다. 추가된 내용은 전직처분 등을 함에 있어서 요구되는 ‘업무상의 필요’의 의미를 구체적으로 밝힌 것이어서 의미가 있다. 물론 이 사건 이전의 사례에서 대법원은 직장질서의 유지나 회복 또는 근로자 간의 인화를 위한 배치전환도 업무상 필요성이 있다고 인정한 바 있고(대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5435 판결 등),<sup>2)</sup> 전직발령의 정당성을 부인한 이유의 하나로 사용자가 전직 대상자들의 선정에 있어서의 구체적인 기준에 관하여 별다른 주장·입증을 못하고 있다고 판단한 적은 있으나(대법원 2000. 4. 11. 선고 99두 2963 판결), 전직처분의 정당성에 관한 판단기준의 내용으로서 ‘업무상의 필요’가 의미하는 바를 개념 정의의 차원에서 구체화하지는 않았다. 그런데 이 사건에서 대법원은 ‘업무상의 필요’란 인원배치의 변경 필요성 및 인원선택의 합리성을 뜻하는 것이고, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함됨을 분명히 한 점에서 대상판결의 의의를 찾을 수 있다. **KLI**

조용만(건국대학교 법학전문대학원 교수)

2) 직장질서의 유지나 회복 또는 근로자 간의 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 없다(대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5435 판결).

## 파견관계에서의 묵시적 근로계약관계의 법리

- 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012나459376 판결 -

### 【판결요지】

외형적·형식적으로는 근로자가 원고용주인 파견사업주에 고용되어 파견사업주와 사용사업주의 근로자파견계약에 따라 제3자인 사용사업주의 사업장에서 사용사업주의 지휘 명령에 따라 업무에 종사하더라도, 실제로는 파견사업주에게 노동법상 파견사업주로서의 책임을 부담할 만한 독자적인 능력이 없거나, 파견사업주가 고용관계의 기본적 사항에 대한 권한을 행사하지 않아 파견사업주로서의 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 않는 반면, 근로자가 사용사업주와 종속적인 관계에 있고 사용사업주가 근로자에 대하여 지휘 명령을 할 뿐 아니라 근로자의 채용, 징계, 해고 등 인사에 관한 사항, 임금에 관한 사항 및 고용관계의 유지에 필요한 노무관리에 관한 사항 등 고용관계에 관한 기본적 사항에서도 주도권을 행사하는 경우에는 사용사업주와 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 있다고 봄이 상당하다.

근로자 乙은 ○○대학교 甲에서 2007년 3월 초부터 2007년 8월 31일까지는 수습으로서, 2007년 9월 1일부터 2009년 8월 31일까지는 기간제 근로자로서, 2009년 9월 1일부터 2011년 8월 31일까지는 파견사업주 丙에 고용된 파견근로자로서 甲의 후생복지센터 사무원으로 근무하다가 2011년 8월 31일자로 해고되었다. 이에 근로자는 세 가지의 근거를 들어 해고가 무효임을 주장하였다.

첫째, 乙과 丙 사이의 근로계약은 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않는다. 따라서 乙과 甲 사이에는 파견으로 전환된 2009년 9월 1일 이후에도 묵시적인 근로계약관계가 유지되었다고 보아야 한다. 그러므로 기간제법의 적용에 따라 2년이 초과되었으므로 乙과 甲 사이에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 성립한다.

둘째, 불법파견에 대해서는 사법적 효력을 인정할 수 없고, 이 경우 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접 근로계약관계가 성립한다. 甲과 丙 사이의 근로자파견계약은 乙을 파견대상업무가 아닌 업무에 종사하게 한 것으로서 무효이다. 그러므로 2009년 9월 1일 이후에도 甲과 乙 사이에는 근로계약관계가 계속 유지되었다.

셋째, 甲과 乙 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약관계가 성립하지 못하였다고 하더라도, 甲은 乙에게 정규직 전환에 대한 합리적인 기대를 부여하였음이 인정된다. 그럼에도 불구하고 甲이 乙의 합리적이고 과실 없는 신뢰를 저버리고 근로계약을 일방적으로 종료시킨 것은 신의성실의 원칙에서 파생되는 금반언의 원칙에 위배되어 무효이다.

이 사건은 불법파견이기는 하지만 파견기간이 2년을 초과하지 아니한 상태에서 계약이 해지되었기 때문에 2006년 12월 21일 개정된 파견법상의 고용의무규정이 적용되지 않는다(이미 2006년에 파견법이 개정되었으므로 제정 파견법이 적용되지도 않지만 설령 적용된다 하더라도 2년이 초과하지 않았기 때문에 고용의제규정은 적용될 여지가 없다).<sup>3)</sup> 그러므로 이 사건은 불법파견에 대하여 파견법을 적용하여 문제를 해결하던 종전의 사건들과는 쟁점이 다르다. 불법파견이지만 파견법을 적용할 수 없는 경우인 것이다.

그렇다면 불법파견의 경우에 묵시적 근로계약관계를 인정할 수 있는가가 쟁점이 될 수 밖에 없다. 그런데 종전의 판례에 의하면, 사용자사업주와 파견근로자 사이에 묵시적 근로계약관계를 인정하기 위해서는 형식상의 고용사업주가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여야 한다. 그리고 판례는 고용사업주의 독자성을 상당히 넓게 인정하고 있었기 때문에, 사실상 묵시적 근로계약관계가 인정되는 경우는 드물었다.

더군다나 이 사건에서 고용사업주인 丙은 6천여 명의 근로자를 고용하여 파견사업을 운영하고 있는 자로서 도저히 그 독자성을 부정하기가 곤란한 것이다. 파견법을 적용해서는 문제를 풀 수가 없고, 그렇다고 묵시적 근로계약관계 법리를 적용하자니 고용사업주의 독자성을 부정할 수가 없다. 불법파견이지만 그 불법을 사법적으로 응징할 방법이 없다.

여기서 대상판결의 새로움이 등장한다. 종전의 묵시적 근로계약관계 법리를 수정하여 “파견관계에서의 묵시적 근로계약관계의 법리”라는 새로운 법리를 제시한 것이다. 즉, 근로자파견관계라고 하더라도 파견사업주가 고용관계상의 권한을 행사하지 않고, 사용자사업주가 지휘명령관계상의 권한뿐만 아니라 고용관계상의 권한도 행사한 경우에는 사용자사업주와 파견근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립한다는 것이다.

이와 관련하여 대상판결은 파견사업주로서의 독자성과 고용사업주로서의 독자성을 구별해야 한다는 점을 밝히고 있다. 이 사건에서 丙이 6천 명의 근로자를 고용하여 파견사업을 하고 있는 자라는 사실에서 보듯이, “그 자체는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립

3) 이 2006년 파견법은 사유 제한 없이 상시파견이 허용되는 업무(제5조 제1항)에서는 2년을 초과하여 계속 사용한 경우에 사용자사업주의 직접고용의무를 규정하였고, 업무 제한 없이 일시적 사유를 이유로 허용되는 파견(제5조 제2항)에서도 2년을 초과하여 계속 사용한 경우에만 직접고용의무를 규정하고 있었다. 2006년 파견법에서는 제조업의 직접생산공정업무에서도 일시적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 파견이 허용되었고, 그럴 경우 파견 기간은 1회의 갱신을 포함하여 총 6개월로 제한되었지만(제6조 제4항 제2호), 6개월을 초과하여 사용하더라도 고용의무는 2년을 초과하는 경우에만 적용되었기 때문에(제6조의2 제1항 제1호 및 제3호), 별칙의 적용과는 별도로 적어도 직접고용의무와 관련해서는 업무 제한은 없었던 셈이다. 이는 제정 파견법에서도 마찬가지였다. 2012년 2월 1일 개정된 현행 파견법은 상시허용업무에서 2년을 초과한 경우 외에는 불법파견의 경우 모두 처음부터 직접고용의무를 부과함으로써 (고용의제가 아니라는 점에서는 여전히 부조리하지만) 적어도 고용의무와 관련해서는 종전의 부조리를 일부 개선하였다.

성을 결하였다고 볼 수 없지만, 乙과 丙 사이의 근로계약의 체결과 관련하여서는 丙이 고용관계에 관한 기본적 사항에 관하여 파견사업주로서의 권한을 전혀 행사하지 않아 파견사업주로서의 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 않게 되었다고 볼 수밖에 없”다는 것이다.

인용문에서 밑줄 그은 ‘사업주’는 파견사업주를 의미하는 것으로, ‘파견사업주’는 고용사업주를 의미하는 것으로 읽어야 한다. 통상적으로 파견관계에서 파견사업주는 곧 고용사업주이지만, 근로제공의 실질에 따라서는 양자 간의 등가관계가 깨질 수도 있다는 것이다. 명실(名實)이 상부(相符)하지 않을 때, 노동법은 언제나 명(名)보다는 실(實)을 우선시한다.

그런데 대상판결은 파견관계에서의 묵시적 근로계약관계의 법리에 따라 성립하는 근로계약관계가 처음부터 기간의 정함이 없는 근로계약관계가 아니라, 원래는 기간제 근로계약관계인데 기간제법의 적용에 따라 2년이 넘었으므로 기간의 정함이 없는 근로계약관계로 되는 것이라고 하고 있다.(이는 근로자 측의 주장이기도 하다.) “乙이 丙과 근로계약을 체결한 2009. 9. 1. 이후에도 乙과 甲 사이에 묵시적인 근로계약관계가 유지되어 있었다면, 甲은 2007. 7. 1. 기간제법의 시행 이후 체결된 근로계약에 의하여 2007. 9. 1.부터 2011. 8. 31.까지 2년을 초과한 기간 동안 乙을 기간제 근로자로 사용한 것에 해당하므로 기간제법 제4조 제2항, 부칙 제1, 2조에 따라 근로계약상의 근로계약기간과는 관계없이 乙은 2년이 경과한 2009. 9. 1.경부터 甲의 기간의 정함이 없는 근로자로 되었다고 보아야 한다.”

이러한 해석은 전체 기간이 2년을 초과하는 경우에는 사실상 같은 결과가 되니까 별문제가 없겠지만, 그렇지 아니한 경우에는 곤란한 상황을 초래한다. 가령, 1년의 기간제 근로계약 이후 파견으로 전환하여 1년을 더 하고, 전체 2년이 만료하는 시점에 계약을 해지한 경우를 보자. 처음부터 무기근로계약관계로 되는 것이라면 이 경우에도 부당한 해고가 될 것이다. 그러나 대상판결처럼 해석하면, 이 경우에는 2년이 초과하지 않았으므로 무기근로계약관계로 되지 않고 따라서 부당한 해고가 아니라 단지 기간의 만료로 인한 계약의 종료에 불과하게 될 것이다. 이러한 결론이 용인될 수는 없다. 1년이든 2년이든 불법파견인 것은 마찬가지이기 때문이다. 파견관계를 근로계약관계로 본다는 것은 애초에 파견계약에서 규정했던 계약 조건에 법적 효력을 부여하지 않는다는 것을 의미한다. 여기에는 기간에 대한 사항도 당연히 포함된다. 그러므로 파견관계를 근로계약관계로 보는 경우, 이때 성립하게 되는 근로계약관계는 언제나 기간의 정함이 없는 근로계약관계일 수밖에 없다. **KL1**

박제성(한국노동연구원 연구위원)

## 병원 야간경비근로자와 운전·주차관리근로자에 대한 휴게시간 미부여 및 근로조건의 서면명시의무 위반을 긍정한 사례

- 서울남부지방법원 2013. 2. 21. 선고 2012고정4007 판결 -

### 【판결요지】

1. 근로기준법 제59조의 규정은 근로자 개개인의 업무와 관련한 규정이 아니라 사용자가 운영하는 사업의 내용과 관계된 것으로서, 의료업은 법 제59조제4호, 시행령 제34조에 의한 관리·감독 또는 기밀을 취급하는 업무라 할 수는 없고, 오히려 법 제59조제3호의 의료 및 위생 사업 등에 해당할 수는 있을 것이나, 그 경우에도 법 제59조 본문에 의하여 사용자가 근로자대표와 서면합의를 한 경우에 한하여 휴게시간을 변경할 수 있는 것이며, 감시·단속적 근로자의 경우에도 사용자가 고용노동부 장관의 승인을 받은 근로자에 한하여서만 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 법 규정을 적용하지 않을 수 있다.
2. 경비 업무를 하는 근로자와의 포괄임금제 방식의 근로계약이라는 이유만으로 임금과 근로시간과 같은 중요한 사항에 관하여 명시의무가 없어지거나, 임금의 구성항목, 계산방법 및 지불방법 등을 서면으로 명시하는 것이 불가능한 것은 아니다.

우리 헌법은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정”할 것을 규정하고 있다(헌법 제32조 제3항). 그리고 이를 실현하기 위해 제정된 법률이 근로기준법이고, 근로기준법은 근로관계에 있는 근로자에게 보장되어야 할 최저기준을 정하고 있다. 근로기준법이 제정된 해가 1953년이니, 올해로 우리 근로기준법은 60해를 맞았다. 그간 60년간의 성과가 없다고 할 수 없을 것인데 그럼에도 60해를 맞이하는 근로기준법을 기념하는 목소리가 크지 않은 듯하다. 경영상 이유에 의한 해고, 장시간근로, 그리고 최근 관심이 되고 있는 통상임금 등 해결해야 할 현안문제가 산적해 있다는 것도 하나의 이유일 수 있지만, 근로기준법 제정 60주년이 되었으나 지금까지도 근로기준법이 정한 최저기준이 준수되지 않는 경우가 적지 않다는 점에도 주목해야 할 것이다. 우리는 소규모의 영세기업뿐만 아니라 일정 규모 이상의 기업에서도 이리저리한 이유를 들어 법이 정한 최저기준을 준수하지 않거나 이에 소극적인 경우를 흔히 목격하게 된다. 병원 야간경비 근로자와 운전·주차관리 업무를 수행하는 근로자에 대하여 휴게시간을 부여하지 않고 또한 근로조건의 서면명시의무 위반을 이유로 유죄를 인정한 이 사건도 이를 보여주는 한 예이다.

이 사건 피고인은 상시근로자 600여 명을 고용하여 병원을 운영하는 사용자이고, 병원  
에서 야간경비 업무를 수행하였던 근로자와 구급차 등 운전 및 주차관리 업무를 수행하

였던 근로자에게 휴게시간을 부여하지 않았으며, 근로기준법 제17조에서 정하고 있는 근로조건의 명시 의무에 위반하여 임금의 구성항목, 계산방법, 지급방법 등 근로조건을 서면으로 명시하지 않았다는 이유로 기소되었다.

근로기준법은 원칙적으로 사용자로 하여금 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주도록 하고 있다(근로기준법 제54조). 그러나 근로기준법은 근로시간 및 휴게시간을 그대로 적용할 경우 공중의 불편을 초래할 수 있는 일정 사업에서는 근로자대표와의 서면합의로 주 12시간으로 제한되는 연장근로의 한도를 초과하여 연장근로를 할 수 있도록 하고 휴게시간을 변경할 수 있도록 하거나(근로기준법 제59조),<sup>4)</sup> 일반적인 근로자들과 동일하게 근로시간을 규제하기 곤란한 사업이나 업무에 종사하는 근로자에 대하여는 근로시간 및 휴게·휴일 규정의 적용예외를 규정하고 있다(근로기준법 제63조).<sup>5)</sup> 이 사건에서 휴게시간을 부여하지 않았다는 공소사실과 관련하여, 피고인은 이 사건 근로자들의 업무는 관리·감독 업무에 해당하기 때문에 휴게시간을 변경할 수 있거나 휴게시간 규정이 적용되지 않는 경우에 해당한다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 근로시간 및 휴게시간의 특례에 관한 근로기준법 제59조의 규정은 【판결요지】에서와 같이 해당 사업이 법에서 정한 적용대상 사업에 해당하는지에 따라 판단되어야 할 문제임을 분명히 하면서, 병원이 휴게시간의 특례가 적용되는 의료 및 위생 사업에 해당할 수는 있지만 이 경우에도 특례가 적용되기 위해서는 근로자대표와의 서면합의가 있어야 하는데 이 사건에서는 이러한 서면합의가 있었음이 인정되지 않는다고 판단하였다. 또한 이 사건 근로자들의 업무가 근로기준법 제63조상의 감시 또는 단속적 업무라 볼 수 있다고 하더라도, 휴게에 관한 규정의 적용이 배제되려면 고용노동부 장관의 승인이 있어야 하는데 이를 받은 바 없기 때문에 휴게시간규정 적용예외 대상자로 인정될 수 없다고 판단하였다. 지극히 타당한 결론이라고 생각된다. 한편

4) 근로기준법 제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업에 대하여 사용자가 근로자대표와 서면 합의를 한 경우에는 제53조제1항에 따른 주(週) 12시간을 초과하여 연장근로를 하게 하거나 제54조에 따른 휴게시간을 변경할 수 있다.

1. 운수업, 물품 판매 및 보관업, 금융보험업
  2. 영화 제작 및 흥행업, 통신업, 교육연구 및 조사 사업, 광고업
  3. 의료 및 위생 사업, 접객업, 조각 및 청소업, 이용업
  4. 그 밖에 공중의 편의 또는 업무의 특성상 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 사업
- 5) 근로기준법 제63조(적용의 제외) 이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.
1. 토지의 경작·개간, 식물의 재식(栽植)·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업
  2. 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업
  3. 감시(監視) 또는 단속적(斷續的)으로 근로에 종사하는 자로서 사용자가 고용노동부 장관의 승인을 받은 자
  4. 대통령령으로 정하는 업무에 종사하는 근로자



근로시간 및 휴게시간의 특례제도와 관련하여, 현재 국회에는 근로기준법 일부개정법률안(이완영 의원 대표발의)이 제출되어 있다. 그리고 여기에는 장시간근로를 개선하기 위한 방안의 하나로 근로시간 특례제도의 정비도 포함되어 있다. 현행 12개의 특례업종을 제9차 표준산업분류에 따라 26개로 재분류하고 이 중 10개 업종은 특례업종으로 유지하되 16개 업종은 제외하고, 특례업종의 과도한 장시간근로 및 남용을 막기 위해 대상업무(부서), 주당 연장근로시간 한도, 특례실시의 방법과 후속조치 등을 서면합의에 포함시키도록 하는 내용이다. 공중의 편의라는 편의주의적 발상으로 인해 근로시간 및 휴게시간의 특례가 적용되는 사업에 종사하는 근로자의 비중이 높고 이것이 장시간근로의 원인이 되고 있다는 점에서 이를 합리적으로 조정·개선하고자 하는 것은 평가할 만하다. 하지만 여기에 그칠 것이 아니라 중장기적으로 특례업종의 설정이 필요한지를 계속적으로 검토하여 점차 이를 축소될 수 있도록 해야 할 것이다.

한편, 근로조건의 서면명시의무 위반과 관련하여, 피고인은 야간경비 업무 근로자에 대하여는 포괄임금제 계약이 체결되었고 경비업무의 특성상 근로조건을 명시하여 근로계약을 체결할 수 없었다고 주장하였다. 포괄임금제는 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당까지 포함된 금액을 급여액으로 정하거나 기본임금을 정하면서 법정 제수당을 구분하지 않고 일정 금액을 법정 수당으로 정하여 이를 근로시간 수에 상관없이 지급하기로 한 것일 뿐, 이 사건 법원이 판시한 바와 같이 이를 이유로 임금의 구성항목, 계산방법 및 지불방법 등을 서면으로 명시하는 것이 불가능하지 않기 때문에 포괄임금계약의 체결이 근로관계를 유지하는 데 있어 가장 기본적이라 할 수 있는 근로조건 서명명시의무를 이행하지 않은 것에 대한 변명이 될 수는 없다.

근로기준법을 포함한 노동관계법을 다른 나라에 알리기 위해 노력하기에 앞서 법이 정한 최저기준이 제대로 준수되고 있는지를 확인하고, 그 이행이 확보될 수 있도록 하는 노력이 선행되어야 할 것이다. **KL**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

## 전직명령의 정당성

- 서울중앙지법 2013. 3. 7. 선고 2012카합3124 결정 -

### 【판결요지】

신청인이 폐결핵 진단을 받아 회사가 전염 가능성 등의 이유로 신청인을 해고하였는데, 신청인이 서울지방법노동위원회에 회사를 상대로 부당해고 구제신청을 제기하자 위 해고처분을 취소하고 6개월간 무급휴직처분을 하였다가, ‘전 직원의 60%가 신청인의 복직을 반대하고 있다’는 등의 이유로 신청인을 해고하였으나, 법원이 ‘해고처분이 무효임을 확인한다’는 내용의 판결을 선고하자 회사가 신청인을 복직시키면서, 최초의 해고처분을 받기 이전에는 서울 노원구에 거주하며 서울 강남구의 본점에서 차장 직급인 유통팀장으로 근무하던 신청인을 김포시의 물류센터에서 단순노무 업무에 종사하도록 전보발령한 것은 그 업무상 필요성이 있다고 보기 어려운 데 반하여 신청인에게 미치는 생활상의 불이익은 상당하다고 보이며, 전직발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차도 거치지 아니하였으므로, 이 사건 전보발령은 정당한 이유가 없어 무효라고 봄이 상당하다.

신청인은 2007. 5. 25. 피신청인 회사에 입사하여 유통팀장 등의 업무를 담당하여 왔는데, 2011. 3. 8.경 폐결핵 진단을 받았다. 회사는 2011. 6. 30. 전염 가능성 등의 이유로 신청인을 해고하였는데, 신청인이 2011. 7. 26. 서울지방법노동위원회에 회사를 상대로 부당해고 구제신청을 제기하자 2011. 8. 2. 신청인에 대하여 위 해고처분을 취소하고 6개월간 무급휴직처분을 하였다. 위 부당해고 구제신청 사건에서 2011. 9. 20. ‘신청인은 회사에 제3차 의료기관에서 발행한 진단서 등 의사소견서를 제출하고, 회사는 진단서 및 의사소견서에서 신청인의 폐결핵이 완치되었고, 전염의 우려가 없다는 사실을 확인하면 무급휴직을 취소하고 신청인을 원직복직시킨다’는 내용의 화해가 성립되었다.

신청인이 2011. 10. 10. 회사에 제출한 진단서에는 ‘신청인은 결핵에서 완치되었고 현 상태에서 전염 가능성은 없다’는 취지로 기재되어 있다. 그러나 회사는 2012. 2. 21.경 ‘위 진단서만으로 신청인이 결핵에서 완치되었다고 볼 수 없고, 전 직원의 60%가 신청인의 복직을 반대하고 있다’는 등의 이유로 신청인을 해고하였다. 신청인은 회사를 상대로 해고처분의 무효확인 등을 구하는 소를 제기하였고, 법원은 2012. 10. 30. 해고처분이 무효임을 선고하였다. 회사는 신청인을 복직시키면서 2012. 11. 16. 신청인에게 ‘2012. 11. 19. 부터 마케팅팀 물류 담당 파트로 발령되었으니, 김포 물류센터로 출근하라’는 내용의 문자메세지를 보냈다(이하 위 발령을 ‘이 사건 전보발령’이라 한다).

이 사건에서 신청인은 ① 이 사건 전보발령은 신청인과 회사 사이의 부당해고 구제신

청 사건에서 작성된 화해조서상의 ‘원직복직’ 의무에 위반된다는 점, ② 신청인을 ‘물류직’으로 발령한 것은 신청인과 회사 사이의 근로계약에서 정한 신청인의 직무인 ‘일반사무직’의 범위를 넘는다는 점, ③ 회사의 업무상 필요성이 없는 데 반하여 신청인의 생활상 불이익은 크고, 신의성실의 원칙상(신의칙상) 요구되는 절차도 거치지 아니하였으므로 정당한 인사권의 행사가 아니라는 점을 들어 이 사건 전보발령을 무효라고 주장하였다. 다툼의 내용은 회사의 이 사건 전보발령을 정당한 것으로 인정할 수 있는가이다.

근로기준법 제23조 제1항에서 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 전직(기업 내 전보, 인사이동 및 부서전환)을 하지 못한다고 규정하고 있다. 이 규정에 관한 해석으로 ‘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 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 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(대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결 등 참조)’는 전직에 관한 법리가 정립되어 있다.

이러한 법원의 법리를 전제로 하거나 학계가 주장하는 노동법이론에 따르더라도 전직의 정당성 판단은 두 가지 측면에서 살펴보아야 한다. 우선 전직을 명할 수 있는 법적 근거가 존재하여야 하며, 다음 그 전직명령이 합리적이어야 한다. 사용자가 전직을 명할 수 있는 법적 근거는 근로계약에서 찾을 수 있지만, 근로계약상 업무 내용과 장소가 특정되어 있는 경우를 제외하고, 법원은 전직에 대해서는 업무상 필요를 전제로 상당한 재량을 인정하고 있다. 사용자의 전직명령권을 인정할 수 없는 경우에는 전직은 근로계약 내용의 변경에 해당하므로 원칙적으로 당사자의 합의(근로자의 동의)가 필요하다. 전직의 합리성은 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전직 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교 형량하고 근로자 측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 판단한다. 법원은 이러한 전직의 법리를 전제로 이 사건 전직발령의 정당성을 판단하고 있다.

이 사건 사실관계에서 법원은 다음과 같이 소명하였다. ① 신청인은 회사로부터 최초의 해고처분을 받기 이전에는 회사의 본점에서 차장 직급인 유통팀장으로 근무하였는데 이 사건 전보발령으로 인하여 신청인은 회사의 물류센터에서 단순노무 업무에 종사하고 있다. ② 서울 노원구 A동에 거주지가 있는 신청인은 종전에는 회사의 본점이 있는 서울 강남구 B동으로 출퇴근하였으나, 이 사건 전보발령으로 인하여 회사의 물류센터가 있는 김포시 C동으로 출퇴근하고 있으며, 이에 따라 신청인의 출퇴근 거리와 그 비용은 사회

통념상 상당히 증가하였다고 판단된다. ③ 회사는 회사의 물류 업무량이 늘어나고 있는 상황에서 신청인이 위 물류센터에서 물류 기획 업무를 담당할 필요가 있다고 주장하지만, 신청인이 회사의 물류센터에서 근무할 필요성이 있다는 점에 대한 소명이 부족한데다가, 물류센터에서 위와 같은 업무를 담당할 대상자를 신청인으로 선정하게 된 구체적인 기준에 관하여는 별다른 주장, 소명이 없다. ④ 이 사건 전보발령 시 회사는 신청인에 대하여 사전에 동의를 구하거나 신청인의 의사를 타진한 바 없다. ⑤ 회사는 회사의 본점 근로자들 다수가 신청인의 복직을 반대하고 있다고 주장하나, 신청인이 결핵에서 완치되었다는 점에 비추어 보면, 그러한 사정만으로는 이 사건 전보발령이 정당화될 수 없다. 이상과 같은 이유로 이 사건 전직발령은 그 업무상 필요성이 있다고 보기 어려운 데 반하여 신청인에게 미치는 생활상의 불이익은 상당하다. 또한 회사는 이 사건 전직발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차도 거치지 아니하였다. 결국 이 사건 전직발령은 회사의 전직명령권을 인정하더라도 업무상 필요에 의한 것이 아니라 신청인의 폐결핵 진단과 전염 가능성을 이유로 회사의 본점으로 출근시키지 않을 목적으로 이루어진 것이라고 보았다. 따라서 이 사건 전직발령은 정당한 이유가 없어 무효라고 판단하였다.

이 사건은 대법원 판례와 노동법이론에서 정립된 전직의 범리에 따라 정당성 여부를 판단한 사안으로서 당연한 결론에 이르고 있다. **KLI**

노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

## 방학기간이 있는 학교회계직원에 대한 연차휴가일수의 비례적 삭감

- 수원지방법원 2013. 3. 22. 선고 2011가합26325 판결 -

### 【판결요지】

1년 중 근로제공의무가 면제되는 기간(방학기간)이 있는 원고(학교회계직원)들의 경우에는 그 기간 동안은 연차휴가권이 발생하지 않는다고 봄이 상당한 바, 피고가 이 사건 취업규칙에서 방학기간 동안의 기간 동안 원고들의 근로제공의무가 면제되는 점을 고려하여 연간 10일의 연차휴가를 부여한 것이 근로기준법에 위반된 것이라고 볼 수 없다.

공립 초·중등학교에서 각 학교의 장과 근로계약을 체결하고 교육 및 행정업무 지원·보조 등을 담당하고 있는 직원들로서, 초·중등교육법에 따라 각 학교에 설치된 학교회계에서 임금을 지급받고 있는 직원들을 통칭하여 ‘학교회계직원’이라 부른다. 이러한 학

교회계직원은 국가공무원법·지방공무원법 등의 적용을 받은 교원·공무원과 달리 근로기준법 등 일반 노동관련법령의 적용을 받는다. 학교교회계직원은 연봉기준일수를 기준으로 365일, 275일(학교수업일 기준), 245일(학교급식일 기준)로 세 가지 근무 유형으로 나뉜다. 대상판결의 사안은 방학기간 동안 근로제공의무가 없는 275일, 245일 근무 유형을 가진 학교교회계직원들이 연차휴가근로수당 등을 청구한 사안이다.

‘초·중등학교 회계직원계약관리기준’(교육과학기술부, 2006. 4. 1)과 이 기준의 내용을 토대로 한 각급 학교의 학교교회계직원 취업규칙에는 근무 유형이 275일, 245일에 해당하는 자에 대하여 1년간 8할 이상 근무한 자에 대하여 10일간의 연차휴가를 부여하고 이를 기초로 미사용 연차휴가에 대한 연차휴가 보상금을 지급하였다. 이에 경기도 내 공립 초·중등학교의 학교교회계직원 352명은, 위 취업규칙은 15일간의 연차유급휴가를 보장하고 있는 근로기준법에 미달하여 무효이므로 연차휴가근로수당의 차액을 경기도(지방자치단체)에 청구하였다. 여기서 법적 쟁점은 1년간의 근로일수와 관계없이 8할 이상 출근 요건만 충족하면 반드시 근로기준법에 따른 최저 15일의 연차휴가를 부여하여야 하는지, 만약 사업주가 1년 중 장기간 근로의무가 면제되는 근로자에 대해서는 그와 같은 사정을 고려하여 취업규칙으로 15일 미만의 연차휴가를 부여하면 근로기준법에 위반되는지 여부에 있다.<sup>6)</sup>

대상판결의 수원지방법원은 ① 연차휴가제도는 장기간의 성실한 근로에 대한 보상으로서 일정한 기간 근로의무를 면제하여 줌으로써 근로자들이 정신적·육체적으로 휴양을 하고 문화적 생활을 할 수 있도록 하려는 데 그 제도의 의의가 있는 점, ② 연차휴가수당은 연차휴가를 실시한 경우에 당연히 지급되어야 하는 임금 또는 연차휴가권을 취득한 후 1년 동안 연차휴가를 실시하지 않거나 위 기간 중 퇴직 등으로 연차휴가를 사용할 수 없게 된 경우에 지급되어야 하는 임금으로서, 연차휴가 발생의 기준이 되는 시점 이전의 1년간의 근로에 대한 대가의 성격을 가지는 점, ③ 근로기준법상 연차휴가일수 15일은 1년이라는 기간 동안의 계속 근로를 전제로 한 것으로 보이므로, 1년 중 상당 기간 근로제공 의무가 면제되는 근로자들에 대해서는 15일보다 적은 일수의 연차휴가를 부여하는 것이 타당하다고 보이는 점, ④ 연차휴가 산정과 관련하여 근로기준법 제60조제6항이 ‘업무상의 부상 또는 질병으로 휴업한 기간’, ‘임신 중의 여성이 출산, 유산 등에 따른 보호휴가로 휴업한 기간’에 한하여 특별히 출근한 것으로 본다는 규정을 두고 있는 점에 비추어, 그 밖에 근로의무가 면제되는 기간은 근로의무가 면제되는 기간만큼 비례적으로 연차휴가권이 발생하지 않는 것으로 해석하는 것이 합리적인 점, ⑤ 근로기준법 제60조제2항에

6) 예컨대, 근무의무가 없는 날을 뺀 소정근로일수를 80퍼센트 이상 출근한 경우의 연차휴가일 15일 × 8개월/12개월 = 10일. 위 대상사안에서 이와 같은 방식으로 산정하면 15일 × 275일(245일)/365일 = 11일(10일)이 된다. 결국 요건을 갖추어 발생된 연차휴가일을 사후적으로 조정하는 셈이 된다.

따라 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자에 대해서는 15일보다 적은 일수의 연차휴가가 부여되는 점, ⑥ 국가공무원 복무규정에서도 휴직한 경우에는 보통의 연차휴가일수에서 휴직기간에 비례하여 산정한 일수를 공제하도록 규정하고 있는 점, ⑦ 근로기준법에 의하면, 단시간근로자는 소정근로시간에 비례하여 연차유급휴가를 줄여 산정하도록 되어 있는바, 근로제공 의무가 면제되는 기간이 있어 1년 동안의 근무기간이 통상 근로자들보다 현저히 적은 학교회계직원들의 경우에도 위 단시간근로자의 경우와 마찬가지로 통상 근로자들보다 연간 근무기간이 짧은 사정을 고려하여 연차유급휴가일수를 줄일 수 있다고 보는 것이 합리적인 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 1년 중 근로제공 의무가 면제되는 기간이 있는 학교회계직원들의 경우에는 그 기간 동안은 연차휴가권이 발생하지 않는다고 봄이 상당한바, 피고가 이 사건 취업규칙에서 방학기간 등의 기간 동안 원고들의 근로제공 의무가 면제되는 점을 고려하여 연간 10일의 연차휴가를 부여한 것이 근로기준법에 위반된 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

대상판결은 연차휴가제도를 과거 1년 동안의 장기간 근로로 발생한 신체상 또는 정신상의 피로를 회복하기 위한 보상적 휴가로 보아 방학기간 중 실제로 근로하지 아니하였으므로 그 기간 동안의 노동으로부터 오는 피로회복과 휴식의 필요성이 상대적으로 감소한다고 본 것이다(보상적 성격에 기초한 비례삭감). 또한 연차휴가일수의 단축에 대한 명시적인 규정이 없음에도 위와 같은 연차휴가의 목적에 비추어 그 일수를 단축할 수 있다고 판단한 것이다.

한편 이와 유사한 사안(87일간의 쟁의행위)에서 서울중앙지방법원(2006. 9. 28. 선고 2006나6583 판결)은 대상판결과 정반대의 판단을 하고 있다. 그 주요 근거로 첫째, 연차휴가제도는 반드시 정신적·육체적 휴양만을 목적으로 하는 것이 아니고 임금을 삭감함이 없이 휴가기간을 근로자 스스로 결정할 수 있게 함으로써 근로자들이 노동으로부터 일정기간 해방되고 문화적·사회적 시민생활을 영위할 기회를 보장하는 것도 그 목적이라는 점을 들고 있다. 둘째는 근로기준법 어디에도 연차휴가일수를 비례적으로 공제하여 한다는 규정이 없다는 점을 그 논거로 들고 있다. 대상판결에 대한 필자의 의구심은 위 서울중앙지방법원과 궤를 같이한다. 근로기준법상 연차휴가 발생요건(1년간 80% 이상 출근)을 모두 갖추었다면 15일의 유급휴가를 주어야 하며, 발생된 휴가를 비례적으로 삭감할 명확한 법적 근거가 없다고 본다. 대상판결이 고려사항으로 제시하고 있는 공무원과 단시간근로자에 대한 연차휴가의 비례적 삭감은 오히려 국가공무원 복무규정과 근로기

7) 이는 東京大學校勞働法研究會, 『註釋勞働時間法』, 有斐閣, 1990, 591~592쪽의 내용을 인용한 것이다. “주휴일은 일주일의 노동으로 육체적·정신적 피로가 누적된 근로자들의 생리적인 회복을 위한 것이 주목적이라면, 연차유급휴가는 임금을 삭감없이 휴가기간을 스스로 결정할 수 있게 함으로써 근로자들이 노동으로부터 일정기간 해방되고 문화적·사회적 시민생활을 영위할 수 있는 기회를 보장하기 위한 것으로 본래적 의미에서의 ‘여가’를 보장한 것이라 할 수 있다.”

준법령에 명시적으로 규정하고 있기 때문에 가능한 것이다.

대상판결의 경기도 352명의 학교회계직원 외에도 전국적으로 10만 명이 넘는 학교회계직원이 있으며, 이들의 연차휴가는 모두 교과부의 「초·중등학교 회계직원계약관리기준」에 따라 작성된 취업규칙에 근거를 두고 있어 금번의 연차휴가에 대한 판단이 미치는 파장은 클 것으로 보인다. 현재 이 사건은 근로자 측이 항소하여 서울고등법원(2013나 2006467)에 계류 중이다. 최종 판단의 귀추가 주목된다. **KL**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 학술연구교수)