

노동판례리뷰

공무원의 부당해고구제신청 적격성

- 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24230 판결 -

【판결요지】

지방공무원도 근로기준법상 근로자이므로 다른 특별한 규정이 있지 않은 한 근로기준법이 적용된다. 그런데 지방공무원법상 계약직 공무원에 대해서는 징계 그 밖에 의사에 반하는 불리한 처분이나 부작위에 대하여 지방소청심사위원회의 소청심사절차를 거치도록 한 규정이 적용되지 않으며, 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않다. 따라서 시립교향악단의 단무장 및 단원들과 같은 계약직 공무원에 대해서는 근로기준법에 따라 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 보아야 한다.

최근 한 일간지에 “계약직 공무원, 부당해고 돼도 구제명령 대상 안돼”라는 제목의 기사가 실렸다.¹⁾ 노동위원회가 “지방계약직 공무원은 부당해고를 당해도 공무원 소청심사위나 노동위원회를 통한 권리구제를 받을 수 없다”라는 취지의 결정을 내놓았다는 것이었다. 서울시 강남구청에 시간제 계약직 공무원으로 채용된 근로자 10여명의 근로계약기간이 만료되었는데, 강남구청이 계약연장을 해주지 않았고, 지방공무원법은 공무원소청심사위원회에 관한 규정을 계약직 공무원에게 적용하지 않았기 때문에(지방공무원법 제2조 공무원의 구분 규정과 제3조 적용범위 규정 참조), 해당 근로자들이 강남구청의 계약연장 거부가 부당한 해고임을 다투기 위해 서울지방노동위원회에 구제신청을 한 사건이었다(서울지노위 2013. 6. 4. 2013부해1041 판정)

위와 같은 지노위의 판단은 사실 이력이 있다. 2007년에 강원지역의 공립유치원 전임

1) 경향신문, 2013년 7월 24일자 기사.

강사들이 재임용거부처분을 받고 교원소청심사위원회에 소청심사청구를 하였지만, 이들은 유아교육법상 교원이 아니고, 따라서 교원지위 향상을 위한 특별법 제9조에 규정한 소청심사대상이 아님을 이유로 소청심사청구가 각하되었다. 그래서 근로자들은 부당해고를 이유로 강원지방노동위원회에 구제신청을 하였다. 이에 대하여 강원지방노동위원회는 재임용거부가 해고에 해당함을 전제로 원직복직 및 소급임금지급명령을 내렸고(강원지노위 2007. 5. 3. 2007부해35 판정), 이 판정은 중앙노동위원회에서 유지되었다(중노위 2007. 10. 19. 2007부해462 판정). 그런데 이 사건이 행정소송으로 진행이 되면서, 서울행정법원 2008. 4. 22. 선고 2007구합43198 판결²⁾은 “공립유치원의 전임강사로서 임시직 공무원의 성격을 가진 참가인들도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조 제1항 제1호의 근로자라 할 것이므로 참가인들에 대하여도 그 성질에 반하지 아니하는 한 근로기준법이 적용될 수 있다”고 전제하였다. 그러나 “참가인들에 대한 임용 등의 인사와 복무 등에 관하여는 유아교육법 및 이에 근거한 위 운영지침 등이 우선 적용된다고 할 것이어서 이러한 참가인과 원고와의 공법상의 근무관계에 대하여는 그 성질상 대등한 사인 간의 근로관계에서의 해고에 관한 근로기준법 제23조가 그대로 적용될 수는 없다고 할 것”이라고 함으로써 임시직 공무원으로서 공법상 근무관계 하에 있는 근로자들에게는 부당해고구제에 관한 근로기준법이 적용되지 않는다고 본 것이다.

공법상의 근무관계에 있는 근로자에 대한 위와 같은 해석의 이유는 또 다른 판결문에서 찾을 수 있다. 국가공무원법에 의하여 특수경력직 공무원으로 분류되어 있는 별정직 공무원으로 임용된 근로자가 정부조직 개편의 일환으로 별정직 공무원 정원이 감축되는 과정에서 정리해고되었는데, 국가공무원법에 따라서 공무원소청심사위원회 절차를 이용하지 못하는 별정직 공무원으로서 근로자는 그 정리해고의 부당성을 노동위원회를 통해 다투고자 했다. 이 사건에서 서울행정법원 2000. 6. 27. 선고 2000구2623 판결³⁾은 “특수경력직 공무원을 경력직 공무원과 달리 규정하고 있는 국가공무원법의 취지, 특수경력직 공무원으로 분류된 직업군의 성격 등에 비추어 볼 때, 별정직 공무원을 포함한 특수경력직 공무원은 경력직 공무원처럼 ‘실적과 자격에 의하여 임용되고 그 신분이 보장되며 평생토록 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원’이 아니라, ‘효율적인 조직관리와 인사관리의 목적을 달성하기 위하여 임면권자에게 임면과 관련하여 광범위한 재량이 인정되는 공무원’이라고 봄이 상당하다. 한편, 공무원도 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당하므로, 국가공무원법 등에 그 법률관계를 규율하는 특별규정이 흠결되어 있을 경우에는 그 흠결된 부분에 대해 근로관계를 일반적으로 규율하는 근로기준법이 적용될 수는

2) 항소심 서울고등법원 2008. 9. 26. 선고 2008누13233 판결(항소기각); 상고심 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두18304 판결(심리불속행기각).

3) 항소심 서울고등법원 2001. 4. 4. 선고 2000누8631 판결(항소기각); 상고심 대법원 2002. 11. 18. 선고 2001두3051 판결(심리기각).

있다. 그러나 별정직 공무원을 포함한 특수경력직 공무원의 경우, 앞서 본 사정에 비추어 신분보장에 관한 규정이 단순히 흠결되어 있는 것이 아니라, 오히려 그러한 신분보장을 부인하는 적극적인 의미로 국가공무원법 제3조 본문의 규정을 두고 있는 것으로 해석된다. 따라서 별정직 공무원을 포함한 특수경력직 공무원에게 국가공무원법 제8장의 신분보장에 관한 규정이 적용되지 않는다고 하더라도, 이를 이유로 근로기준법상의 해고나 정리해고에 관한 규정이 적용된다고 볼 수는 없다”고 판시하였다.

위와 같이 공법상 근로관계를 맺고 있는 자는 근로기준법 제23조가 규정하고 있는 부당해고구제신청 적격성이 없는 것으로 판단되어 오고 있었다. 앞의 신문기사에서 다른 서울지노위 사건은 기존의 중노위 판정례와 법원 판결에 기초한 판단이라고 할 수 있다. 그리고 공법상 근로관계에 있는 근로자들이 근로기준법의 부당해고구제제도를 이용할 수 없는 이유는, 공무원에게 적용되는 권리구제절차를 이용하지 못하도록 한 것이 일반 근로자와 같은 권리구제절차를 이용하라고 하는 의미가 아니라(즉, 신분보장에 관한 규정의 흠결이 아니라) 그러한 권리구제수단 자체를 인정하지 않겠다(즉, 신분보장을 적극적으로 부인하겠다)는 의미이기 때문이라는 것이다.

그런데 지금 이 지면에서 소개하는 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24230 판결은 위와 같은 일련의 판례들로부터 일탈해 공법상 근로관계를 맺고 있는 근로자도 근로기준법상의 부당해고구제신청 적격성을 갖는다고 했다. 소송을 제기한 근로자들은 시립교향악단원들로서, 지방공무원법상 계약직 공무원으로서의 지위를 갖는다. 판결문에서는 “지방공무원도 근로기준법상 근로자이므로 다른 특별한 규정이 있지 않은 한 근로기준법이 적용된다. 그런데 지방공무원법상 계약직 공무원에 대해서는 징계 그 밖에 의사에 반하는 불리한 처분이나 부작위에 대하여 지방소청심사위원회의 소청심사절차를 거치도록 한 규정이 적용되지 않으며, 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않다. 따라서 원고들과 같은 계약직 공무원에 대해서는 근로기준법에 따라 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 보아야 한다”는 당연한 논리를 보여주었다.

서울행정법원 2000. 6. 27. 선고 2000구2623 판결이 말하고 있는 것과 같이 공법상 근로관계에 놓인 일부 근로자들의 권리구제절차 자체를 완전히 부인하는 것으로 이해하는 해석이 어떤 관점에서 출발하는 것인지 모르겠다. 지극히 당연한 것의 확인이지만, 근로기준법은 제12조에서 “이 법과 이 법에 따른 대통령령은 국가, 특별시·광역시·도, 시·군·구, 읍·면·동, 그 밖에 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다”고 규정하고 있다. 근로기준법이 국가와의 관계 등에서도 적용되지만, 예컨대 국가공무원법과 같이 일정한 범위의 근로자에 대한 특별한 규정이 있을 경우에는 그것을 근로기준법에 대한 특별법으로 이해함이 옳을 것이다. 그래서 기존의 대법원 판결들에서는 “공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 소정의 근로자라 할 것이어서 공무원연금법, 공무원보수

규정, 공무원수당규정 등에 특별한 규정이 없는 경우에는, 공무원에 대하여도 성질에 반하지 아니하는 한 원칙적으로 근로기준법이 적용되는 것이라고 판단한 것이다.⁴⁾ 그런데 근로기준법이 공무원들에게도 적용된다고 한 판결들에서도, 근로기준법 적용의 조건은 있었다. “(공무원이라는) 성질에 반하지 아니하는 한”이다. 이 점을 고려했을 때, 서울행정법원 2000. 6. 27. 선고 2000구2623 판결 등은 공무원으로서의 지위를 가지면서도 공무원법제상 권리구제제도를 이용할 수 없는 근로자들에게 부당해고구제제도를 이용할 수 있도록 하는 것이 공무원으로서의 성질에 반한다고 본 것일까? 서울행정법원 2000. 6. 27. 선고 2000구2623 판결이 특수경력직 공무원은 ‘효율적인 조직관리와 인사관리의 목적을 달성하기 위하여 임면권자에게 임면과 관련하여 광범위한 재량이 인정되는 공무원’이라고 언급한 것이 그러한 의미를 내포했던 것일 수도 있을 듯하다. 그런데 이 점은 여러 종류의 공무원 각각의 특성을 고려해야 한다는 의미가 아니라, 공무원은 공법상 근로관계를 맺고 있기 때문에 사법상 근로관계만을 맺고 있는 공무원이 아닌 근로자와 다른 성질을 갖고 있음을 환기시키는 것일 뿐이라고 생각된다.

어쨌거나 검토한 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24230 판결은 상고심에서 심리 불속행기각⁵⁾되어 마무리되었다. 이 판결이 향후 공법상 근로관계 하에 있는 근로자들의 부당해고구제신청 자격을 인정한 최초의 판결이 될 것인지는 시간이 흘러야 알 수 있겠지만, 이 판결을 검토하고 있는 필자로서는 이 판결이 취한 결론 이외 다른 어떤 결론이 가능할 수 있을지(아니, 있었던 것인지) 쉽게 이해할 수 없을 뿐이다. 다만 이 판결이 부당해고구제제도의 적용 여부를 판단했던 다른 판결들과 다른 해석을 취한 이유, 혹은 공무원에게 근로기준법을 적용함에 있어서 조건이 되었던 공무원의 성질에의 부합 여부를 분명하게 언급하지 않음은 아쉬운 부분이다. **KLI**

박은정(인제대학교 법학과 부교수)

4) 대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카1355 판결 및 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카1314 판결 참조. 대법원 1996. 4. 23. 선고 94다446 판결.

5) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013두6985 판결.

휴직자나 해고자의 조합활동권

- 서울행정법원 2013. 5. 14. 선고 2012구합20755 판결 -

【판결요지】

H 등이 휴직자나 해고자의 지위에서 적극적으로 참가인의 시설을 이용하는 것은 허용되지 않는다고 하더라도 노동조합 활동과 관련하여 소극적으로 참가인의 간섭을 거부할 수는 있다고 봄이 타당하므로 H 등은 원고의 조합원이자 참가인 소속 근로자의 지위에서 그 조합활동의 하나로 이루어진 이 사건 유인물 배포의 주체가 될 수 있고, 이 사건 유인물의 주된 내용은 참가인 소속 근로자들에게 원고의 설립 사실을 알리면서 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지 증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모하기 위한 노동조합의 필요성과 그 가입을 적극적으로 홍보하기 위한 것으로, 설령 그 내용 중에 다소 자극적이고 과장·왜곡된 표현이 있다고 하더라도 전체적으로는 이 사건 유인물을 배포한 목적이 참가인의 명예를 훼손하거나 실추시키기 위한 것이라고 보기 어려우며, 이 사건 유인물 배포가 그 행위의 동기, 시기, 태양 등의 측면에서 사회통념상 참가인의 영업이나 업무를 방해하였다거나 지장을 초래하여 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 규율이나 제약을 벗어나는 정도에 이르렀다고 보기 어렵고, H 등이 참가인의 근로자가 아닌 V 등과 함께 이 사건 유인물을 배포하였다는 사정만으로 H 등의 유인물 배포행위가 노동조합 활동으로서의 정당성을 잃게 된다고 볼 수 없다.

따라서 참가인의 근로자인 H 등의 유인물 배포는 정당한 노동조합 활동으로 평가될 수 있으므로 이를 막기 위한 참가인의 관리직원 등의 제지는 노동조합 및 노동관계조정법 제 81조 제4호에서 정한 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

대상판결 사건에서 쟁점이 된 것은 유인물 배포를 한 사람들이 육아휴직 중인 자들 3명(판결문에서 H, I, J)과 행정법원에 징계해고의 부당성을 다투고 있는 해고자 1명(K), 그리고 회사의 근로자가 아닌 자들(V는 원고의 조합원, R은 원고의 자문위원, S, T는 U일 반노동조합의 조합원, 이하 ‘V 등’)로, 이들의 유인물 배포행위가 정당한 조합활동에 해당하는지 여부와 그에 대한 사용자의 제지행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부이다.

본 사건에 대해서 행정법원은 “노동조합의 활동이 정당하다고 하기 위하여는 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 것으로서 근로조건의 유지 개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취

업시간 외에 행하여져야 하고, 사업장 내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결 등 참조)”라는 노동조합 활동의 정당성에 대한 기존의 판례 법리를 인용한 후에, 육아휴직자나 해고자의 조합활동에 대해서 “H, I, J가 이 사건 유인물 배포 당시 육아휴직 중이었다고 하더라도 원고 조합원의 지위는 물론이고 참가인 소속 근로자의 지위가 상실된 것은 아니다. 또한 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서는 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다고 규정하고 있으므로, 이 사건 유인물 배포 당시 K도 여전히 참가인의 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다. 그리고 H 등이 휴직자나 해고자의 지위에서 적극적으로 참가인의 시설을 이용하는 것은 허용되지 않는다고 하더라도 노동조합 활동과 관련하여 소극적으로 참가인의 간섭을 거부할 수는 있다고 봄이 타당하다. 따라서 H 등은 원고의 조합원이자 참가인 소속 근로자 지위에서 그 조합활동의 하나로 이루어진 이 사건 유인물 배포의 주체가 될 수 있다”라고 판시하여 휴직자나 해고자의 조합활동을 인정하였다. 그리고 회사의 근로자가 아닌 V 등에 대해서도 “회사의 관리직원 등이 회사 소속 근로자와 그렇지 아니한 사람을 구분하거나 확인하여 개별적으로 조치할 수 있었을 것으로 보임에도 무작정 이 사건 유인물 배포 등을 제지한 점 등을 고려하면, H 등이 V 등과 함께 이 사건 유인물을 배포하였다는 사정만으로 H 등의 유인물 배포행위가 노동조합 활동으로서의 정당성을 잃게 된다고 볼 수 없다”라고 판시하였다.

유인물의 내용에 대해서는 “유인물로 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 다른 사람의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 그 문서에 기재되어 있는 사실관계 일부가 허위이거나 그 표현에 다소 과장·왜곡된 점이 있다고 하더라도 그 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지 증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속하고(대법원 2001. 12. 28. 선고 2000두7315 판결 등 참조), 유인물의 배포가 허가제를 채택하고 있다고 할지라도 노동조합의 정당한 업무를 위한 행위까지 금지할 수는 없으므로 그 배포행위가 정당한가 아닌가는 허가 여부만을 가지고 판단할 것이 아니고, 그 행위의 정당성을 판단하려면 그 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기, 대상, 방법, 이로 인한 기업이나 업무에의 영향 등을 기준으로 하여야 할 것이다(대법원 1996. 9. 24. 선고 95다11504 판결 등 참조)”라고 하여 기존의 판례 법리대로 판시하였다.

결론적으로, 법원은 대상사건에 대해서 휴직자나 해고자도 조합활동의 하나로 이루어진 유인물 배포의 주체가 될 수 있고, 회사의 근로자가 아닌 ‘V 등’이 함께 배포한 사실만

으로 조합활동의 정당성을 잃지 않으며, 유인물의 내용이 다소 자극적이고 과장·왜곡된 표현이 있다고 하더라도 전체적으로는 이 사건 유인물을 배포한 목적이 참가인의 명예를 훼손하거나 실추시키기 위한 것이라고 보기 어렵기 때문에 정당한 조합활동이 된다고 판단하였다. 따라서 회사가 이를 제지한 것은 노조법 제81조 제4호에서 정한 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

노조법상 근로자에는 당연히 휴직자도 포함되고, 노조법 제2조 제4호 라목에 의하면 해고의 정당성을 다투고 있는 해고자도 근로자에 포함되기 때문에 이들의 조합활동은 정당하다. 따라서 휴직자나 해고자의 조합활동은 정당하고, 이를 제지하는 회사의 행위가 부당노동행위에 해당한다고 판단한 대상판결은 노조법의 해석상 당연한 결론이라 할 것이다. **KLI**

신수정(인제대학교 강사)

경영상 이유에 의한 해고의 정당성

- 서울행법 2013. 5. 16. 선고 2012구합29523 판결 -

【판결요지】

이 사건 정리해고는 경영상의 어려움을 극복하기 위한 구조조정 방안으로 불가피하게 이루어진 경영상의 선택으로서 그 합리적 필요성은 객관적으로 인정되나, 정리해고를 함에 있어 근로기준법 및 단체협약상 해고회피를 위한 노력을 다하였다고 보기 어렵고, 공정하고 합리적인 기준에 따라 대상자를 선정하였다고 볼 수 없으며, 노조에게 일방적인 정리해고를 통보한 점 등에 비추어 보면 정리해고를 하면서 노조와 성실하게 협의하였다고 보기 어려워 정리해고 절차를 위반하였다고 봄이 상당하므로 이 사건 정리해고는 근로기준법상 요건을 갖추지 못하여 위법하다.

이 사건 회사는 상시근로자 260여명을 고용하여 반도체장비 및 부품의 제조·판매를 하는 회사로서, 원재료가격의 상승 등으로 인하여 경영상황이 악화되자 생산직 직원 206명 중 62명을 해고대상자로 선정하고 희망퇴직자 등 8명을 제외한 54명(조합원 53명, 비조합원 1명)에 대하여 해고를 단행하였다.

사실관계에서 알 수 있듯이 대상판결은 경영상 이유에 의한 해고의 정당성이 다투어진

사건이다.⁶⁾ 이 사건 근로자들의 부당해고구제신청에 대해 부산지방노동위원회는 이 사건 경영상 이유에 의한 해고가 부당해고임을 인정하였으나, 중앙노동위원회는 부산지방노동위원회의 부당해고 판정을 취소하였다. 이에 대해 이 사건 법원은 【판결요지】에서 보는 바와 같이, 경영상의 어려움을 극복하기 위한 경영상의 선택으로 그 합리적 필요성은 인정할 수 있으나, 단체협약상의 해고회피노력을 구체적으로 하지 않는 등 해고회피노력을 다하였다고 인정하기 어렵고, 생산직 직원만을 대상으로 한 해고대상자 선정 및 해고대상 선정의 결정적 기준이 된 업무역량 평가가 객관적이고 볼 수 없다는 점에서 해고대상자 선정이 공정하고 합리적이라 보기 어렵고, 노동조합과 성실하게 협의하였다고 보기 어렵기 때문에 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

경영상 이유에 의한 해고는 기업의 입장에서 보면, 기업도산이나 채산성 확보 등을 위해 불가피하게 행해져야 하는 측면이 있는 반면, 근로자 측의 입장에서 보면 본인의 귀책사유 없이 강제로 근로관계가 종료되는 경우로서 필연적으로 노사 양측의 이해관계가 첨예하게 대립될 수밖에 없다. 따라서 경영상 이유에 의한 해고제도에 있어서는 불가피하게 경영상 이유에 의한 해고를 선택하게 된 기업의 이해관계와 이로 인해 실직 또는 경제적 불이익이라는 중대한 부담을 안게 되는 근로자의 이익을 균형 있게 조화시키는 것이 중요하다. 이러한 점을 고려하여 근로기준법 제24조는 경영상 이유에 의한 해고에 있어 긴박한 경영상의 필요가 있고(제1항), 사용자가 해고회피노력을 다하고, 해고대상자의 선정이 합리적이고 공정한 기준에 의해 이루어지며(제2항), 해고회피 방법 및 해고기준 등에 관해 근로자대표와 성실히 협의(제3항)할 것을 규정하면서, 제1항부터 제3항의 요건을 갖추어 사용자가 근로자를 해고한 경우 정당한 해고로 인정됨을 규정하고 있다(제5항). 그런데 판례는 “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”⁷⁾고 하여, 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 정당성을 판단하고 있다.

판례의 이와 같은 태도는 다음과 같은 점에서 비판받아야 마땅하다. 경영상 이유에 의

6) 또한 이 사건에서는 해고대상자 54명 중 53명이 노조 조합원이었기 때문에 해고대상자 선정이 부당노동행위에 해당하는지가 다투어졌다. 이에 대해 이 사건 법원은 “이 사건 정리해고는 생산직 직원들만을 대상으로 한 것이고, 이 사건 노조에는 생산직 직원들만 가입하고 있어서 정리해고 대상자에 노조 조합원들이 많을 수밖에 없는 점, 업무역량 평가와 인사고과에 있어서 노조 조합원들과 비조합원들이 같은 평가를 받아야 함에도 노조 조합원들이 불합리하게 차별을 받았다고 볼 만한 증거가 없는 점, 원고들이 주장하는 자의적 평가항목인 업무역량 평가에 관하여 상당수 노조 대의원 또는 조합원들이 업무역량에 대하여 인사고과보다 높은 평가를 받은 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정리해고가 부당노동행위에 해당한다고 보기 어렵다”고 판단하였다.

7) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결; 대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결 등.

한 해고제도가 법률에 규정되기 전, 판례와 학설은 경영상 이유에 의한 해고가 정당하기 위한 이른바 4요건을 제시하였고, 현행 근로기준법상의 규정은 판례와 학설을 입법화한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 경영상 이유가 정당하다고 인정되기 위해서는 ① 긴박한 경영상의 필요성, ② 해고회피노력, ③ 합리적이고 공정한 기준에 따른 대상자 선정, ④ 해고회피 및 해고대상자 선정기준에 대한 근로자대표와의 성실한 협의라는 4요건이 각각 갖추어져야 한다. 그럼에도 불구하고 판례가 입법으로 명문화된 경영상 해고의 요건을 종합적 고려라는 측면에서 파악하고 강행법규의 적용을 배제하는 것은 초법적 법률형성이라 할 수 있다.⁸⁾ 대상판결이 경영상 이유에 의한 해고의 정당성을 ‘요건설’의 입장에서 판단한 것인지 아니면 개별사정을 종합적으로 고려하여 판단한 것인지는 분명하지 않다. 해고회피노력, 합리적이고 공정한 기준에 따른 대상자 선정, 해고회피 및 해고대상자 선정기준에 대한 근로자대표와의 성실한 협의를 인정할 수 없는 이 사건의 경우 어떠한 입장에서 모든 부당해고에 해당할 것이기 때문이다.

최근 쌍용자동차, 한진중공업 등의 사건을 계기로 경영상 이유에 의한 해고제도에 대한 국민적 관심뿐만 아니라 경영상 이유에 의한 해고제도에 대한 정치권의 개정 움직임이 커지고 있다. 현재 경영상 이유에 의한 해고와 관련해서는 19대 국회에 다수의 법률안이 제출되어 있다.⁹⁾ 제출된 법안에는 경영상 이유에 의한 해고제도와 관련된 개별요건을 개정하는 법안부터 경영상 이유에 의한 해고제도 전반을 개정하는 법안도 포함되어 있다. 또한 제출된 개정안 중에는 이른바 ‘요건설’의 입장에서 법률에 규정된 각 요건을 갖추지 못한 경영상 이유에 의한 해고를 정당한 이유 없는 해고로 보도록 하는 내용도 있다(김성태의원 대표발의안, 홍영표의원 대표발의안, 심상정의원 대표발의안). 이와 같은 개정안이 왜 국회에 제출된 것인지 법원으로서 다시 한 번 냉철히 돌아볼 필요가 있다. **KLI**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

8) 하경효·박종희·강선희(2011), 『서울지노위 판례례 분석을 통한 경영상 해고의 운용실태와 특징』, 『노동정책연구』 11(2), 한국노동연구원, p.7.

9) 근로기준법 일부 개정법률안(홍영표의원 대표발의, 의안번호 제38호), 근로기준법 일부 개정법률안(심상정의원 대표발의, 의안번호 제465호), 근로기준법 일부 개정법률안(최봉홍의원 대표발의, 의안번호 제4134호), 근로기준법 일부 개정법률안(정청래의원 대표발의, 의안번호 제4181호), 근로기준법 일부 개정법률안(김성태의원 대표발의, 의안번호 제4362호), 근로기준법 일부 개정법률안(강은희의원 대표발의, 의안번호 5191).

복직명령과 부당해고구제신청의 이익

- 서울행정법원 2013. 5. 21. 선고 2012구합42779 판결 -

【판결요지】

근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 해고처분을 철회 또는 취소하고 근로자를 복직시켰다면, 근로자로서는 구제를 구하는 사항이 위 복직명령에 따라 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성하였으므로, 더는 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익은 소멸한다고 보아야 할 것이다.

이 사건 원고 근로자는 한국전력공사가 발주한 ‘154kV 남사 - 진위 T/L 건설사업’ 공사를 참가인 회사가 수주함에 따라 2011. 8. 18. 위 공사의 토목기술자로 채용되었는데, 당시 별도의 근로계약을 작성하지는 않았다. 그러다가 참가인 회사가 2012. 3. 5. 원고에게 “업무처리 과정에서 전문성과 이해도가 부족하여 업무에 지장을 가져오고 조직 간의 위화감을 발생시켰다”는 이유로 해고한다는 내용의 해고예고통보를 하였다. 이에 원고 근로자가 2012. 6. 28. 이 사건 해고가 부당해고에 해당한다고 주장하면서 충북지방노동위원회에 구제신청을 하자, 참가인 회사는 같은 해 7. 3.(1차), 7. 7.(2차) 및 7. 17.(3차) 세 차례에 걸쳐 내용증명 우편으로 원고에게 복직을 명하는 출근명령서를 발송하였다. 1, 2차 출근명령서에는 참가인 대표이사의 날인이 빠져 있었지만, 3차 출근명령서에는 참가인 대표이사의 날인이 있었다. 그러나 원고는 참가인에게 근로계약서의 작성을 요구하면서 위 출근명령을 거부한 채 계속 출근하지 않고 있다. 한편 원고는 참가인으로부터 위와 같은 해고예고통보를 받은 직후인 2012. 3. 27. 다른 종합감리업체에 입사하여 근무하였다.

이에 대해 대상판례의 재판부는 위의 판결요지와 동일한 취지의 전통적 대법원 판례법리(대법원 2002. 2. 8. 선고, 2000두7186 판결; 대법원 1991. 9. 22. 선고, 90다카27389 판결 등 참조)의 기초 위에 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 이 사건 해고의 효력을 다투기 위해 지방노동위원회에 구제신청을 하자 참가인이 원고에게 복직을 명하는 출근명령을 한 점, ② 설령 1, 2차 출근명령서에 참가인 대표이사의 날인이 없어 그 효력에 의심이 간다고 하더라도 참가인 대표이사의 직인이 날인된 3차 출근명령서도 허위라고 보기 어려운 점, ③ 부당해고의 효력을 다투는 노동위원회의 구제절차에서 참가인에게 근로계약서의 작성을 강제할 수 없는 점, ④ 이 사건 해고기간의 임금은 이 사건 구제절차에서가 아니라 별도의 민사소송을 통하여 그 권리를 구제받을 수 있는 점 등을 종합하여, 참가인 회

사가 원고 근로자에게 복직을 명함으로써 이 사건 해고를 철회 또는 취소하였다고 봄이 타당하고, 이로써 근로자는 구제신청의 목적을 달성하였으므로 더는 구제절차를 유지할 이익이 없다고 판시하였다.

사용자의 일방적 의사표시로 근로관계를 단절시키는 해고에 대해 정당성의 부재를 이유로 그 법적 효력을 부정함으로써 해고 이전의 정상적인 근로관계 상태로 자동 회귀하는 법적 효과를 발생시키는 해고무효 확인청구소송과 달리, 부당해고구제신청제도는 노동위원회라는 전문적·중립적 행정기구가 당해 해고의 정당사유 없음을 이유로 그 부당함을 인정하는 동시에 사용자에게 근로자의 원직복귀를 명함으로써 그 이행의무를 부과하는 행정적 구제제도이다. 그러나 당초 고용관계 자체를 회복하려는 동일한 목적을 추구한다는 측면에서 노동위원회가 구제를 명하고자 하는 최종 판정시점에서 문체된 부당해고의 상태가 존재하지 않는 경우에는 더 이상 구제절차를 유지할 근거·이유가 소멸되며, 이는 결국 구제신청 각하의 사유가 된다. 이와 유사한 논리에서 대법원은 근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간이 만료되었거나 근로자가 부당징계구제신청을 하여 징계의 효력을 다투던 중 지방노동위원회의 구제명령 후 사직서를 제출한 경우에, 근로관계의 종료와 동시에 근로자로서는 더 이상 구제(재직)절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다고 판시하였다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결; 대법원 1997. 7. 8 선고 96누5087 판결).

그러나 이와 같은 당연한 논리는 이를 악용하는 사용자들의 탈법적 의도에 의해 노동보호법제 기능·취지의 무력화라는 폐단을 초래하기 십상이다. 노동위원회의 조사과정에서 부당해고라는 결론이 얼추 드러날 즈음이면 근로자에게 복직명령서 한 장을 달랑 송부함으로써 손쉽게 부당해고구제명령을 벗어날 수 있음은 물론이고, 더 나아가 눈엣가시 같은 근로자에게 적지 않은 정신적·경제적 고통을 안겨 줌으로써 기를 꺾어 놓을 수 있는 수단으로 ‘해고조치와 복직명령서 발송을 묶은 패키지’가 활용될 수도 있기 때문이다. 실증조사를 통한 결론이 아니라 장담할 수는 없지만, 사용자의 복직명령을 근거로 부당해고구제신청이 각하되는 사례가 최근 몇 년 사이에 각 노동위원회에서 점차 늘어나는 경향도 있는 듯하다. 물론 사용자의 입장에서라도 할 말은 있을 것이다. “확실한 정당사유가 있다고 믿고 해고조치를 단행했었지만, 근로자가 그렇게 억울하다고 생각한다면 다시 한 번 더 기회를 주겠다”고 한다. “지노위 조사과정에서 회사측의 경솔함이 일부 있었음을 확인했기 때문에 근로자와 화해 차원에서 복직명령을 내리게 된 것”이라고도 한다. “당시에는 해고조치할 수밖에 없는 불가피한 상황이었지만, 일정한 기간이 경과한 시점에서는 인력이 필요한 측면도 있고 해서 재취업시킨다는 차원에서 복직명령을 내렸다”는 설명도 있다.

문제는 이처럼 구구한 사용자측의 해명(?)에도 불구하고 당해 복직명령의 진정성 내지

실현가능성을 긍정적으로 판단하기가 결코 쉽지 않다는 점이다. 복직 후 근로자가 담당할 구체적인 업무의 내용 내지 직위, 근로조건 등을 캐물음으로써 복직명령의 구체성 내지 신빙성을 짐쳐 볼 수는 있지만, 심판 당일에는 발송된 복직명령의 진정성을 부정하고 내린 구제명령조차 중노위 재심과정 내지 행정소송에서 파기되는 사례도 있었다. 복직명령서 발송을 근거로 구제신청을 각하했던 사안의 바로 그 근로자가 또 다른 징계사유로 해고되어 몇 달 뒤 다시 지노위에 부당해고 구제를 신청하는 경우도 적지 않다. 다만 매우 드문 사례로서, 하급심 판결 중에는 금전보상명령을 신청한 이후의 복직명령에 대해 “금전보상명령이 원직복직명령에 수반하는 종속적인 구제명령에 불과하다고 보기는 어렵고, 원고가 이 사건 해고 이후에 참가인들을 업무방해 혐의로 형사상 고소한 점, 참가인들을 해고한 이후 다른 직원들을 채용한 점, 참가인들이 서울지방노동위원회에 금전보상명령을 신청한 다음 날 전격적으로 참가인들에게 이 사건 해고 취소 및 원직복직을 명하는 문자메시지를 발송한 점 등에 비추어 보면, 원고는 참가인들에 대한 금전보상을 회피하기 위하여 형식적으로 이 사건 해고 취소 및 원직복직을 명하는 문자메시지를 발송한 것으로 보일 뿐이므로, 여전히 참가인들에게는 구제이익이 인정된다고 봄이 타당하다”고 판시하기도 하였다(서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2012구합8847 판결).

불법쟁의행위에 대응한 손해배상 청구소송의 오·남용이 이른바 ‘신종 노동탄압’으로서 규제의 대상이 되는 것과 마찬가지로, 경솔하고 악의적인 해고조치와 함께 자동적으로 이어지는 복직명령은 “건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 불법행위를 구성”할 가능성이 있다. 따라서 이에 대해서는 보다 실질적인 규제의 필요성이 큰 만큼 신속하고 효과적인 입법적 조치가 요망된다. 아울러 일부 하급심에서 주목한 바와 같은 형식적 복직명령, 즉 이미 퇴직금을 정산 지급하였거나 고용보험 피보험자격 상실신고까지 마친 이후 전격적으로 단행되는 경우 등과 같이 그 정황상 당해 원직복귀의 진정성이 의심되는 사안에 대해서는 복직명령의 효력을 부정하고 부당해고 구제신청을 인정하는 대법원의 과감한 변화를 기대해 본다. **KLI**

문무기(경북대학교 법학전문대학원 교수)

통상임금은 ‘조정’근로의 대가이다

- 수원지방법원 평택지원 2013. 7. 11. 선고 2012가합3069 판결 -

【판결요지】

“근로자가 1일 근무를 안한 경우 기본시급뿐만 아니라 승무수당, 위험수당도 지급되지 않고, 근로자가 1일 근무를 한 경우 기본시급, 승무수당 및 위험수당도 일괄 지급되어 승무수당, 위험수당은 실제의 근무성과 관계없이 근무일수에 따라 고정적으로 지급되었다고 할 것”

버스 회사에는 이른바 승무수당이란 것이 있다. 예를 들면 이런 식의 수당이다. “1일 근로한 자에 한하여 10,000원의 승무수당을 지급한다” 이런 식의 수당은 가령 ‘1일 근로한 자에 한하여 CCTV수당 10,000원을 지급한다’는 식으로 수당의 명칭만 달리 할 뿐 그 기본적인 내용은 동일한 사례가 많다. 말하자면 지급액 자체는 고정되어 있지만 그 지급에 조건이 결부되어 있어 지급 여부에 변동성이 있는 경우로서, ‘조건부 고정급’이라 할 만한 것이다.

이러한 변동성 고정급이 통상임금에 해당하는가 여부에 대해서는 매 근무일마다 근로자에게 지급함으로써 실제 근무일수나 근무실적에 따라 지급액이 변경되어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적 임금이라고 볼 수 없다는 판결(대법원 2002. 7. 23. 2000다29370)도 있었지만, 2003년 6월 13일 대법원 판결(2002다74282)에서 1일 단위로 근무한 자에게만 지급되는 수당은 월급제가 아닌 일급제로 지급되는 임금 항목에 해당하므로 비록 월 단위를 기준으로 삼아 근로자들마다 출근일수가 달라 월 합산액에 차이가 있더라도 이를 두고 실제의 근무실적에 비례하여 지급액이 변동되는 것이라고는 할 수 없어 통상임금의 성질을 갖는다고 판시한 이후, 2012년 7월 26일 판결(2010다52577)에서도 승무운전자에 한하여 1일 일정액을 지급하는 수당은 근무성과 상관없이 근무일수에 따라 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이므로 통상임금에 포함된다고 판단하는 등, 한편으로는 통상임금성을 긍정하는 입장으로 굳어지고 있는 것으로 보인다.

그러나 다른 한편으로는 사고를 내지 않은 승무일에 대해서만 일정액을 지급한다는 내용의 수당(대법원 2003. 6. 13. 2002다74282)이나, 실제 승무시간이 최소 승무시간 이상인 경우에만 일정액을 지급한다는 내용의 수당(대법원 1996. 5. 28. 95다36817)에 대해서는, 이를 ‘이중조건부 고정급’이라고 부를 수 있다면, 이 이중조건부 고정급은 고정적으로 지급되는 것이 아니고 실제의 근무성적에 따라 그 지급 여부나 지급액이 달라지는 것이므로

로 통상임금에 해당하지 않는다는 판결도 나란히 존재하고 있다는 점도 아울러 지적되어야 할 것이다.

다만, 일정한 근속연수에 이른 근로자에게 매월 일정액을 지급하는 경우에 이는 실제의 근무성과와는 상관없이 고정적으로 지급되는 임금이므로 통상임금에 해당한다는 대법원 판결들이 많이 있는데, 1년이라는 최소 근무기간을 채운다는 조건이나 월 30시간이라는 최소 승무시간을 채운다는 조건이나 본질상 차이점이 있다고는 보이지 않는다는 점에서, 이중조건부 고정급의 통상임금 해당성 문제가 말끔하게 해결되었다고는 아직 말하기 이르다고 할 수밖에 없을 것이다.

대상판결인 평택지원의 판결은 이 문제와 관련하여 새로운 관점을 보여주고 있다는 점에서 흥미롭다 할 것이다. 즉, 1일 근로한 자에 한하여 지급되는 수당의 경우 근로하지 아니한 날에는 지급되지 않는다는 점에서 변동급처럼 보이지만, 실은 기본급의 경우에도 근로하지 아니한 경우에는 지급되지 않는다는 점에서, 양자는 본질상 다르지 않다는 점을 언급하고 있는 대목이 바로 그것이다. 사실 모든 임금은 무노동 무임금 원칙이 말하는 대로 근로한 경우에만 그 대가로 지급된다는 점에서는 본질상 변동급이다. 승무수당이나 위험수당이 실제로 근로한 날에만 지급된다고 해서 통상임금이 아니라고 말하는 것은 기본급도 실제로 근로한 날에만 지급되기 때문에 통상임금이 아니라고 말하는 것과 다르지 않으며, 결국 통상임금이라는 것은 존재하지 않는다는 말과 같은 셈이 되어 버리고 만다.

이처럼 기본급도 따지고 보면 변동급이라는 점을 인식한다면, 통상임금의 해당성 문제는 고정급이나 변동급이나의 문제가 아니라 결국은 그 정의대로 ‘소정’근로의 대가인가 여부에 달려 있다고 하지 않을 수 없다. 그리고 그 ‘소정’의 내용이야말로 당사자들이 정하기 나름이라는 점을 이해한다면, 요컨대 변동성이라는 것은 근로 그 자체의 변동성이 아니라 약정된 내용 곧 ‘소정’의 변동성이라는 점도 이해할 수 있을 것이다. 또한 ‘소정’의 내용이 제아무리 가변적일지라도 그렇게 ‘소정’된 근로를 ‘소정’된 대로 이행하면 지급되는 수당은 통상임금에 해당된다고 해야 할 것이라는 점도 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 승무하면 지급한다는 수당에서는 승무가 ‘소정’근로에서 ‘소정’의 내용이 되고, 사고를 내지 않으면 지급한다는 수당에서는 무사고가 ‘소정’의 내용이 된다. 그러므로 승무수당이든 무사고수당이든 ‘소정’의 근로를 수행한 대가라면 그것은 곧 통상임금에 해당한다고 말해야 할 것이다. **KL**

박제성(한국노동연구원 부연구위원)