

노동판례리뷰

학력허위기재와 징계해고

- 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다110316 판결 -
- 서울고등법원 2013. 8. 21. 선고 2012누23008 판결 -

【판결요지】

근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를 하는 경우 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 허위기재를 한 학력 등이 종사한 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지 여부, 사용자가 학력 등의 허위기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 이후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고 있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호간 신뢰관계의 유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

다만 사용자가 이력서에 근로자의 학력 등의 기재를 요구하는 것은 근로능력의 평가 외에 근로자의 진정성과 정직성, 당해 기업의 근로환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고 나아가 노사간 신뢰관계의 형성과 안정적인 경영환경의 유지 등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적이 있는 것으로, 이는 고용계약의 체결뿐 아니라 고용관계의 유지에 있어서도 중요한 고려요소가 된다고 볼 수 있다. 따라서 취업규칙에서 근로자가 고용 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 징계해고사유로 특히 명시하고 있는 경우에는 이를 이유로 해고하는 것은, 고용 당시 및 그 이후의 제반 사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

#1. 취업규칙에서는 입사 당시 이력서에 주요 사항을 누락 또는 허위기재를 한 행위를 해고사유로 정하고 있다. 이 사건 근로자는 입·출고 등을 담당하는 창고관리원으로 입

사하면서 전문대를 졸업한 학력을 기재하지 않았다. 회사는 학력과 경력이 다르게 기재된 사실을 알았으나 별다른 조치를 취하지 않다가, 급여에 대한 불만을 표출하는 등 소란 행위가 있자 이력서 허위기재를 이유로 해고를 하였다.

#2. 자동차회사의 하청업체인 회사는 경력, 학력, 이력사항 등의 허위기재를 해고사유로 규정하고 있다. 이 사건 근로자는 회사에 입사하면서 대학을 졸업하였음에도 이를 기재하지 않았다. 입사 1년 후 이들 근로자가 주도가 된 노동조합의 조직 및 활동과 관련하여 다툼이 발생하였고, 회사는 근로자들의 학력 및 경력을 자체적으로 조사하여 학력 및 경력을 허위기재한 이 사건 근로자들을 해고하였다.

#1이 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다110316 판결, #2가 대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결¹⁾의 파기환송심인 서울고등법원 2013. 8. 21. 선고 2012누23008 판결의 대략적인 사실관계이다.

이 두 사건의 공통점은 학력 및 경력의 허위기재가 해고사유가 된 사건이라는 점이다. 학력 및 경력의 허위기재가 해고사유가 되는지, 그 정당성은 어떻게 판단되는지에 관해, 대법원은 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결에서 “취업규칙에서 근로자가 고용 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 징계해고사유로 특히 명시하고 있는 경우에는 이를 이유로 해고하는 것은, 고용 당시 및 그 이후의 제반 사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이”고, “사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 허위기재를 한 학력 등이 종사한 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지 여부, 사용자가 학력 등의 허위기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 이후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고 있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호간 신뢰관계의 유지와 안정적인 기업경영과 질서 유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이”라고 판시한 바 있다. 이 두 사건도 이와 같은 판단원칙에 기초하여 해고의 정당성을 판단하고 있다.

그러나 이 두 사건에 대한 법원 판단의 결론은 사뭇 다르다. #1에서 대법원은 채용 공고에는 ‘경력조건: 관계없음’, ‘학력조건: 학력 무관’으로 명시되어 있던 점, 입·출고 등 단순노무직인 창고관리원의 업무와 최종학력 및 경력 사이에는 별다른 관련성 없다고 보 이는 점, 학력 및 경력이 다르게 기재되었음을 알았음에도 불구하고 급여에 대한 불만표출이 있기까지 별다른 조치가 없었다는 점에 주목하여 이 사건 학력 허위기재를 이유로 한 해고는 정당하지 않다고 판단하였다. 이에 반해 #2에서 법원은 최종학력을 숨기는

1) 이 판결에 대하여는 김기선(2012), 『학력 허위기재와 해고』, 『노동법학』 43, p.310 이하 참조.

것을 넘어 대학재학기간에 다른 회사에 근무한 것처럼 경력을 허위 기재하였다는 점, 입사의 주된 이유가 임금을 목적으로 한 근로제공보다 노동운동에 있는 것으로 보이는 점, 학력의 허위기재 사실을 안 즉시 해고조치를 하였다는 점 등을 강조하여 해고가 정당하다고 판단하였다. 반드시 대졸 이상의 학력자를 채용하지 않겠다는 것은 아닌 점, 담당업무 또한 전문적 지식이나 기술, 숙련도를 필요로 하지 않는 비교적 단순한 업무로 학력과 그다지 관련성이 없다고 볼 수 있는 점, 노동조합의 조직 및 운동으로 인한 분쟁이 발생하자 학력 허위를 이유로 해고가 단행되었다는 점에서 #2에서도 #1에서와 마찬가지로 해고의 정당성을 부정할 만한 충분한 사실이 있었음에도 말이다. 판례가 말하는 ‘종합적 판단’이라는 것이 자의적일 수도 있음을 보여주는 대목이다.

기업은 채용할 근로자가 수행할 업무에 일정한 기술, 자격, 경력 및 학력이 필요한 경우 그 능력을 검증하여 적당한 근로자를 뽑기 위해 이를 증명할 만한 자료의 제출을 요구할 수 있다. 그러나 이는 학력 및 경력조건 등이 업무의 수행에 직접적인 영향을 미치는 경우에 한해 인정될 수 있을 뿐이다. 그리고 허위 기재된 학력 및 경력이 근로계약의 이행을 위한 중요 조건에 해당하거나 일정한 학력 및 경력이 없음으로 인해 업무수행이 불가능한 경우 근로계약을 취소 또는 해지할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 해고사유가 될 수 없다고 보아야 한다. 근로계약 이행의 중요 부분에 해당하지 않거나 근로자의 업무수행에 직접적인 영향을 미치지 않는 최종학력 미기재를 해고사유로 인정하는 것은, 업무에 필요하지 않은 학력을 이유로 한 불합리한 차별을 인정하는 것이 될 수도 있기 때문이다. **KLI**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

주 40시간을 초과하는 휴일근로 시 휴일근로수당과 연장근로수당의 중첩지급

- 대구지방법원 2013. 9. 4. 선고 2012나61504 판결 -

【판결요지】

근로기준법 및 이 사건 단체협약에서는 1주간의 근로시간은 40시간을 초과할 수 없다고 하고 있을 뿐이므로 1주간의 근로시간 산정 시 휴일근로시간을 공제하라는 취지로 보기는 어려운 점, 할증임금제도의 취지가 시간외근무 억제에 있는 점 등에 비추어 보면, 휴일 외 다른 날의 근로시간이 1주에 40시간을 넘은 경우 휴일에 한 근로시간은 모두 휴일근로시간임과 동시에 초과근로시간에 해당하고, 그 근로시간에 대하여는 휴일근로수당과 초과근로수당을 중첩적으로 지급하여야 한다고 봄이 상당하고, 단체협약 및 취업규칙에 따라 토요일이 휴일로 지정된 이상 토요일이 유급휴일 또는 무급휴일인지 여부에 따라 연장근로수당 발생에 어떠한 차이가 있다고 할 수 없다.

대상판결은 자동차 브레이크 등을 제조하는 회사에서 생산직으로 근무하고 있는 근로자가 회사를 상대로 연장근로수당을 청구한 민사소송사건의 2심 판결이다. 근로자는 월요일부터 금요일까지 야간근무조에 편성되어 작업하였으며, 추가로 취업규칙 및 단체협약에 무급휴일로 지정된 토요일 20시 30분부터 다음날인 일요일 5시 30분까지(20:30부터 24:30까지 4시간, 01:10부터 05:30까지 4시간 20분: 추가작업시간) 작업하였다. 원고인 근로자는 위 추가작업시간 8시간 20분 전체에 대해 휴일근로수당(50% 가산임금)을, 8시간을 초과하는 20분(일요일 05:10부터 05:30까지)에 대해 휴일연장근로수당(50% 가산임금)을 추가적으로 지급받았고, 나아가 야간근로(22:00부터 05:30까지 6시간 50분)에 대하여 야간근로수당 50%의 가산임금을 지급받았다. 이에 근로자는 추가작업시간은 그 전체가 휴일근로임과 동시에 1주에 40시간을 초과하는 연장근로에 해당되므로 휴일근로수당과 연장근로수당이 중첩적으로 지급되어야 함을 주장하면서 추가작업시간 중 8시간(토요일 20:30부터 일요일 05:10까지)에 대한 연장근로수당의 지급을 청구하였다. 사안의 핵심 쟁점은 주 40시간을 초과하여 휴일근로를 한 경우 이 휴일근로를 연장근로에 포함하여 연장근로수당과 휴일근로수당을 중첩하여 지급하여야 하는지 여부이다. 대상판결은 위 [판결요지]에서 보는 바와 같이 이러한 휴일근로를 연장근로에 해당한다고 보아 1심 판결(대구지방법원 서부지원 2012. 8. 29. 판결 2012가소301073 판결)을 유지하고 사용자의 항소를 기각하였고, 현재 대법원 2013다212011로 계류 중이다. 주 40시간을 초과하는 휴일근

로에 대한 연장근로수당의 지급 여부를 다룬 사례는 이번이 처음은 아니다. 지난해 대구 지방법원(2012. 1. 20. 선고 2011가합3576 판결²⁾)에서도 위 대상판결과 동일한 결론을 내린 바 있다. 대상판결의 결론은 현행법 해석상 타당하다고 생각한다.

해석의 기준이 되는 근거법령을 보면, 근로기준법 제50조 제1항은 “1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다”고, 같은 조 제2항은 “1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다”고 규정하고 있다. 또한 제56조는 “사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로)와 야간근로(오후 10시부터 오전 6시까지 사이의 근로) 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다”고 규정하고 있다.

가산임금의 지급대상이 되는 연장근로는 법정근로시간(기준근로시간 : 1주간 40시간, 1일 8시간)을 초과하는 근로시간이며, 이때 1주간은 휴일 등을 포함하여 역상(曆上) 7일을 의미한다. 따라서 주 5일제로 운영되든지 또는 주 6일제로 운영되든지 상관없이 7일간 40시간을 초과하거나 1일에 8시간을 초과하는 경우에는 연장근로수당을 지급하여야 한다. 이러한 이유로 주 5일제를 시행하는 사업장에서 토요일이 무급휴무일인 경우 그 토요일에 근무하여 주 40시간을 초과할 때 연장근로수당을 지급하고 있다. 반면 행정해석³⁾에 따르면 토요일이 무급/유급 휴일로 약정된 경우에는 휴일근로수당을 가산하여 지급할 뿐 연장근로수당을 중복하여 지급할 필요가 없다고 한다. 이와 같은 행정해석의 근거는 ① 법문에 ‘1주간’이라고 규정하고 있을 뿐이어서 휴일은 포함되지 않으므로 주 40시간을 초과하였는지 여부는 휴일근로시간수를 제외하고 산정한다는 것이고, ② 근로기준법 제56조에 연장근로와 휴일근로를 구분하여 규정하고 있으므로 휴일근로시간은 연장근로시간에 포함되지 않는다는 것이다. 행정해석은 원칙적으로 휴일근로수당과 연장근로수당의 중복을 인정하지 않으나 야간근로수당과 연장·휴일근로수당의 중복은 인정한다.

우선 행정해석의 근거^①을 보면 오히려 반대로 해석해야 타당하다. ‘1주간’의 의미에 ‘휴일을 제외’한다는 명시적인 규정이 없음에도 위와 같이 해석할 근거가 없으며, 1주가 7일이라는 점은 극히 상식적이어서 더 보태어 할 말이 없다. 대상판결도 “단체협약에서는 1주간의 근로시간은 40시간을 초과할 수 없다고 하고 있을 뿐이므로 1주간의 근로시간 산정 시 휴일근로시간을 공제하라는 취지로 보기는 어려운 점” 등을 언급하고 있다.⁴⁾ 즉

2) 이 사건은 현재 2심인 대구고등법원 2012나991 사건으로 계류 중이며, 이에 대한 평석은 김홍영(2012), 「휴일근로의 주간 연장근로 산입 여부」, 『노동법률』 5월호, pp.70~75 참조. 대상판결의 대법원이 먼저 판단할 것으로 보인다.

3) 2000. 9. 19. 근기 68207-2855; 2002. 10. 28. 근기 68207-3125

4) 설사 대상판결의 견해와 같이 노사당사자가 단체협약으로 1주간의 근로시간 산정 시 휴일근로시간을 공제한다고 약정하였다고 하더라도 근로기준법의 강행성에 비추어 이와 같은 합의의 효력이 인정될 수 있을지는 의구심이 있다.

노사당사자에 의해 휴일근로시간을 제외한다는 명시적인 약정이 없는 한 1주간의 근로시간에는 휴일근로시간까지 포함하여 산정함을 밝힌 것이다. 행정해석의 견해에 따라 휴일근로시간을 연장근로시간에 포함시키지 않을 경우 위 대상판결의 사례(주 5일제, 토요일은 무급휴일, 일요일은 주휴일로서 유급휴일)에 있어서 최대 주간 근로시간은 68시간[법정근로시간 주 40시간 + 합의 주간 연장근로 12시간 + 휴일근로 16시간(토요일 무급휴일 8시간 + 일요일 유급주휴일 8시간)]이 가능하다는 결론에 이르게 된다. 이러한 행정해석으로 인해 실제 사업장에서 52시간을 초과하는 장시간근로가 행해지고 있는 것이다.

행정해석의 근거②도 마찬가지이다. 근로기준법 제56조에서 휴일근로·연장근로·야간근로를 구분하고 규정하고 있는 이유는 가산임금(통상임금의 50%)을 지급할 대상이 연장근로, 휴일근로, 야간근로임을 명시한 것이지, 이의 중복 시 중복지급을 금지하는 내용의 규정이 아닌 것이다. 행정해석의 근거②와 같이 해석한다면 야간근로시간 또한 주간근로시간에서 제외되고 휴일·연장근로와의 중복 시 중복지급을 인정하지 않아야 할 것이다. 또한 가산임금제도의 취지는 사용자에게 경제적 압박을 통하여 연장근로를 억제하는 한편 연장·야간·휴일근로에 따른 근로자의 건강 및 문화생활의 침해를 경제적으로 보상하기 위함이며 각 가산사유에 따라 그 목적을 달리하고 있다. 연장근로수당은 장시간근로의 억제와 이에 대한 경제적 보상을, 휴일근로수당은 근로의무가 없는 날에 대한 근로의 억제와 건강 및 문화생활의 침해에 대한 경제적 보상을, 야간근로수당은 근로자의 건강에 미치는 해악을 고려한 야간근로의 억제와 건강 침해에 대한 경제적 보상을 목적으로 하고 있다. 이와 같이 가산임금의 지급대상인 근로유형별로 그 목적과 보상의 이유가 다른 것이다.

근로기준법 제50조 제1항 중 ‘1주’를 ‘1주(휴일을 포함한 7일을 말한다)’고 개정하는 법률안이 2012년 9월 국회에 제출되었다. 법적 분쟁의 소지를 없애기 위해 위와 같이 명시적으로 규정하는 것도 하나의 방안이 될 수 있을 것이나, 설사 이러한 규정이 없다 하더라도 당연히 이와 같이 해석되어야 할 것이다. **KLJ**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 학술연구교수)

외주용역업체 변경 시의 근로자 고용승계의 관행

- 서울행정법원 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결 -

【판결요지】

용역계약의 보수작업 시방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재채용하도록 권고하고 있는 점, 갱도보수, 채탄 등의 업무를 낙찰받은 외주용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년 퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, 참가인 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면, 갱도보수, 채탄 등 작업과 관련하여 입찰을 통해 외주용역업체가 변경되는 경우 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다.

위와 같은 고용승계 관행이 존재한다면, 참가인이 이 사건 용역계약의 당사자가 아니라고 하더라도 새로운 외주용역업체가 자신을 재채용하리라는 상당한 기대를 갖게 되고, 새로운 외주용역업체는 입찰부터 용역계약의 체결에 이르기까지 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다고 봄이 타당하다.

그러나 위와 같은 사정에도 불구하고 고용승계를 거부할 만한 합리적 이유가 있는 경우에는 채용 거부를 할 수 있다고 판단한 사례.

사업의 이전에 있어 고용의 승계는 중요한 문제 중 하나이다. 본 사안과 같은 외주용역업체의 변경을 “사업의 이전”(동일성이 유지되는 경제적 실체의 이전, 2001/23/EC 제1조)으로 파악하고 고용승계를 원칙적으로 인정하는 법리는, 예를 들어 EU의 경우 확립된 법리로 기능하고 있다.

국내에서는 유사한 사안들에 대해 사업양도 법리를 원용하여 문제를 해결하는 것이 일반적이는데, 이 경우 외주용역업체 사이에 계약이 존재하지 않으므로 사업양도로 인정되지 않고 따라서 그 필연적 귀결로 근로관계의 포괄승계는 인정되지 않는다는 결론을 맞게 된다(대표적으로 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결). 사업양도의 법리가 적용되지 않는다는 것이 대법원의 법리로 확립되어 있는 현실에서, 계약관계가 없는 외주용역업체 사이에서 고용의 승계를 인정할 수 있을 것인가 하는 질문에 대해 본건은 지금까지 법원이 주목하지 않았던 “고용을 승계하는 관행”이라는 개념에 착안한 첫 사안이라는 점에서 그 의의를 발견할 수 있는 판결이다.

보다 구체적으로 살펴보면 우선, 도급인과 수급인(신규 외주용역업체) 사이의 용역계약서상 계약의 일부로 포함된 보수작업 시방서에 “계약 전일까지 시행하던 업체의 종업

원 중 당해 사업장에서 직접 종사하고 있던 종업원은 채용상 결격사유가 없으면 가급적 채용하도록 하여야 한다”는 규정이 포함되어 있었다는 점 외에, 그동안 “자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점”, “원고 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점” 등을 고려하여, “입찰을 통해 외주용역업체가 변경되는 경우 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하”다는 결론이 도출되고 있다.

다음으로 이러한 “고용승계 관행이 존재한다”는 전제하에, 전 외주용역업체에 고용되어 업무를 수행하여 온 근로자는 새로운 외주용역업체가 자신을 재채용하리라는 “상당한 기대”를 갖게 되며, 또한 새로운 외주용역업체는 “입찰부터 용역계약의 체결에 이르기까지 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다”는 전개를 통하여 일응 관행에 근거하여 원칙적으로 고용승계 의무가 신규 외주용역업체에 존재한다는 입장을 취한다.

다만, 결론적으로 본건은 신규 외주용역업체의 고용승계 거부에 대해, 당해 근로자의 근무태도 불량과 타 근로자들에 대한 피해 사실(혹은 예상)과 더불어 신규 업체의 당초 채용 규모에 대한 계획을 근거로 “합리적 이유”가 있다고 판단하였다.

본건과 같이 외주용역업체의 변경이 이루어지는 사안의 경우, 원칙적인 고용승계의 존재를 인정하고 그 근거로서의 “관행”에 주목한 점은 특기할 만하다. 계약관계를 발견해낼 수 없는 신규 업체 사이의 형식적 법률관계에 사로잡혀 더 이상의 실질적인 판단을 위한 노력으로 나아가고자 하지 않는 기존 판결의 일련의 흐름에 비추어 상당히 이례적이라고까지 평가하여도 좋을 것이다. 고용승계의 관행을 인정하기 위한 요소로 본 사안이 주목한 것은, 도급인과 신규 외주용역업체 사이의 계약 내용, 기존의 승계 경험 등이었다. 다만, 위와 같은 요소만으로 고용승계의 관행을 이끌어내는 데에는 그만큼의 반발도 존재할 것이며, 실제 사안에서도 신규 외주용역업체는 ① 고용에 대한 법적 의무가 존재하지 않으며, ② 고용승계의 관행도 없고, ③ 설령 관행이 있더라도 승계를 거부할 “정당한 이유”가 있다는 3층의 주장으로 반박하였다.

먼저 고용승계 관행의 존재와 관련, 이러한 판단은 사실 사안별로 다를 수밖에 없으며, 본건과 같은 사실관계라 하더라도 다른 재판부에서 같은 판단이 이루어지리라 확신하기는 어렵고 그런 관점에서는 법적 안정성이 기대되는 판단이라고는 평가할 수 없다. 다만, 기존의 판단과는 달리 존재하지 않는 사업양도 법리에만 매몰되지 않고 관행이라고 하는 새로운 요소를 근거로도 승계 가능성을 인정할 수 있다는 점에 시선을 돌린 점에 가능성과 한계가 동시에 존재한다고 생각된다. 이런 관점에서는, 외주업체의 변경과 관련한 사안 중 “새로운 수급인을 상대로 고용승계를 주장한다면 사정이 다를 수도 있음”이 암시

되어 있다고 분석한 글로, 대전지방법원 2011. 6. 2. 선고 2011카합206 결정에 대한 리뷰⁵⁾의 분석이 참고할 만하다.

나아가 “합리적 이유”가 존재한다면 채용을 거부할 수 있다고 하는 구조를 취하고 있는 데에서 여전히 기존의 법리에 근거한 판단의 프레임, 즉 고용관계는 아직 성립하지 않았으며, “정당한 이유”와 같은 근로기준법 제23조의 강력한 보호는 기대할 수 없고, 상당 정도 신규 외주용역업체의 재계약 거부에 대한 재량이 인정된다는 시각은 유지되고 있다고 보아도 좋을 것이다. 그렇기 때문에 당해 근로자의 업무에 대한 부적합성 이외에, 신규 용역업체의 당초 채용 규모에 대한 계획 역시도 원칙적 고용승계를 부정할 수 있는 합리적 이유로 판단될 수 있었을 것이다(예를 들어 이후 신규채용이 이루어진 경우는 판단의 결과가 달라질 것인가?).

마지막으로 외주용역업체의 변경 시 신규 업체로의 고용승계가 원칙이라는 근거로서의 “관행”을 판단함에 있어, 도급인에 의한 고용승계의 권고, 그리고 그 권고를 알 수 있었다는 사정이 어떻게 자리매김되어야 할 것인가 역시 추가적인 검토의 소재가 되리라 생각되며, 도급인이 원칙적 고용승계를 계약의 조건으로 하고 있는 이유가 무엇인지에 대해서도 의문을 제기할 수 있을 것이다. 실질적으로 계속하여 고용승계가 이루어져 왔다면 당해 근로자는 이미 당해 사업 조직에 필수적 요소로서 편입되어 있다고 하는 식의 (근로자성 인정에 관한) 주장의 가능성은 도급인에게 부담이 된 것은 아닐지, 그리고 근로관계의 보다 명확한 당사자 설정 혹은 근로관계의 부재를 희망한 도급인에게 그러한 권고가 자신을 근로관계로부터 벗어날 수 있도록 해 주는 선택지가 된 것은 아닐지 하는 점도 포함하여 그러하다. **KL**

최석환(명지대학교 법과대학 조교수)

5) 박제성(2011), 『시설관리업체의 변경과 고용승계』, 『노동법학』 39, 한국노동법학회.

근로시간면제기준을 초과한 급여지급과 부당노동행위

- 서울행정법원 2013. 9. 12. 선고 2013구합1102 판결 -

【판결요지】

사용자가 노조법에 따라 근로시간면제를 받은 노조 전임자에게 지급할 수 있는 급여는 근로제공의무가 면제된 소정 근로시간에 대한 것이며, 이를 초과한 시간을 근로시간으로 인정하여 그에 상응하는 급여를 지급하는 것은 노조법 제81조 “노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위”에 해당하며, 사용자의 지배·개입 의사가 없더라도 급여의 지원 행위 자체로서 부당노동행위가 성립한다.

이 사건에서 원고는 버스회사이며, 그의 사업장에는 전북자동차노조 지부(A노조, 조합원 60명, 한국노총이 상급단체), 기업별 노조(B노조, 조합원 40명), 산업별노조 지부(C노조, 조합원 7명, 민주노총이 상급단체)가 있었다. 원고를 포함하여 전라북도 내 19개의 버스회사들의 위임을 받은 버스운송사업조합은 2011. 7. 1. 전북자동차노조와 다음과 같은 내용이 포함된 단체협약 및 임금협정을 체결하였다.

(노조전임) 노동조합 대표자(지부장)의 전임을 인정하고 노조법에 따라 근로시간을 면제한다. 근로시간 면제자의 임금은 월 3,200,000원을 정액으로 정하고 근속연수에 따른 1년당 월 9,000원의 수당을 더하여 지급한다.

(근로시간 및 근로일수) 조합원의 기본 근로시간은 1일 8시간, 주 40시간을 기본시간으로 하고, 운수업의 특수성을 고려하여 노사 합의하에 연장근로를 할 수 있으며, 근로시간 및 근로일수는 별도 임금협정서에 의한다.

원고회사의 근로자인 A노조의 지부장은 그 임기가 2011. 1. 1.부터 2013. 12. 31.까지이며, 원고는 2011. 7. 1.부터 지부장에게 단체협약에 따라 근로시간을 면제하고 급여를 지급하였다. C노조는 회사가 A노조 지부장에게 일반 근로자들보다 과도한 급여를 지급하는 것은 부당노동행위라며 지노위에 구제를 신청하였으나 기각되자 재심을 신청하였다. 중노위에서 회사가 근로시간면제자에게 근로자로서 통상적으로 받을 수 있는 급여보다 과도한 기준을 설정하고 지급한 것은 부당노동행위라고 판단하자, 회사는 소송을 제기하였다.

원고회사는 “노동부고시에 따르면 근로시간면제 한도는 최대 3,000시간 이내이며, A지부장은 통상적으로 1주일에 5-6일을 출근하고 1일 근로시간이 10시간 정도로 연 근무시간이 3,000시간(60시간×52주)에 이르며, 비슷한 근속연수의 근로자가 연 3,000시간을 근

무할 때 월 임금은 3,047,700원이므로 월 320만 원의 급여를 지급하였고, 부당노동행위 의사가 없었다”고 주장하였다.

그러나 법원은 “근로시간면제자는 노조 전임자와 동일하게 근로자의 근로제공 의무는 면제되나 사용자의 임금지급 의무는 유지되는 점에서는 개념상 구별된다. 조합원 107명을 기준으로 근로시간면제 한도는 최대 3,000시간 이내이며, 단체협약과 임금협정에서 근로자의 연간 소정근로시간은 2,080시간(40시간×52주)이므로, 회사가 A노조 지부장에게 부여할 수 있는 근로면제시간은 2,080시간을 초과하지 못함에도 연간 3,000시간에 해당하는 임금을 지급한 것은 노조법의 기준을 초과한 것으로 동법 제81조 제4호 본문의 노조의 전임자에게 급여를 지원하는 행위에 해당한다. 회사에게 지배·개입 의사가 없더라도 급여지원의 행위 자체로서 부당노동행위가 성립한다”며 원고의 청구를 기각하여 부당노동행위를 인정하였다.

원고회사에는 노조법이 사업장단위의 복수노조를 인정하기 이전부터 조직형태가 다른 복수노조가 활동하여 왔고, 또한 동법 경과규정에 의해 대표교섭절차를 거치지 않고 A노조가 단체협약 등을 체결하였다. 따라서 이 사건은 실질적으로 복수노조 상호간의 다툼이며 검토해야 할 쟁점도 많다.

첫째, 위 단체협약 등은 복수노조에서 교섭대표노조를 통해 체결된 것이 아니어서 공정대표의무를 부담하지 않아 C노조는 부당노동행위구제를 신청한 것으로 보인다. 앞으로는 주로 교섭대표노조를 통해 단체협약이 체결될 것이므로 공정대표의무에 위반하는 지가 문제되고 그 시정절차를 통해 해결될 것이다.

둘째, 부당노동행위구제의 신청자격이다. 이 제도의 취지를 노동기본권의 침해로부터 보호하기 위한 것으로 본다면, 이를 침해받은 노조 또는 조합원이 신청해야 하며, 노사간에 공정한 질서형성을 위한 제도로 파악한다면 누구에게 신청인 자격을 인정할 것인가 문제가 된다. 이 사건에서 법원은 어떤 이유로 소수 노조에게 이를 인정하였는지는 명확하지 않으나, 다수 노조와 회사가 법이 허용하는 기준을 초과하는 단체협약의 체결과 이행으로 인해 공정한 노사관계질서를 훼손하였다고 판단한 것이 아닌가 생각된다. 그러나 복수노조가 서로 다른 입장을 취하고 있는 상황에서 어떤 기준에서 신청인 자격을 인정할 것인가는 논란의 소지가 있어 세밀한 연구가 필요하다.

셋째, 근로시간면제제도에서 근본적인 다툼은 그 기준을 초과하여 급여를 지급한 경우 그 효력문제이다. 이것은 관련 법규정의 강행성을 인정할 것인지 여부와 관련된다. 만약 강행성을 부정한다면 기준을 초과하여 지급한 급여 또는 체결된 단체협약이라도 법적 효력이 인정될 것이다. 근로시간면제의 기준을 정한 법규정이 강행성을 가지는지에 관해 입장은 대립하고, 단체협약의 시정명령 등과 관련된 사건에서 하급심 판결은 엇갈리며, 2013년 11월 기준으로 대법원과 헌법재판소에 다수의 사건이 계류되어 있어 그 결과가

주목된다.

넷째, 노조 전임자에게 근로시간면제의 기준을 초과하여 급여를 지급하면 그 자체로 부당노동행위가 성립하는지 아니면 노조의 자주성을 침해하는지를 통해서 부당노동행위를 판단해야 하는지도 문제된다. 이에 관해서는 입장대립이 있으며, 전술한 바와 같이 근로시간면제와 그 기준을 정한 관련 법규정에 관해 강행성을 인정할 것인지 내용과도 관련된다. 노조의 결성 형태에 따라 조금씩 다르지만, 주로 기업별 노조에서는 사용자로부터 노조 사무실을 제공받거나 노조의 운영에 필요한 부분을 제공받는 경우가 있는데 노조의 자주성이 침해되는 정도인지를 판단하여 부당노동행위가 성립하는지를 판단하는 사례가 많았다. 이런 입장에서 보면 이 사건에서의 판결이 타당한지는 의문이다.

다섯째, 부당노동행위의 성립과 관련하여 지배·개입 의사가 필요한지에 관해 입장대립이 있다. 판례는 필요성을 인정하면서도 일정한 사실이 존재하면 추정되는 것으로 판단하고 있어 사실상 불필요하다는 입장과 큰 차이는 없다. 이와 관련하여 노조 전임자에게 급여를 지급하는 것은 지배·개입의 예시적 유형으로 볼 것인지 아니면 다른 유형으로 볼 것인지도 문제된다. 근로시간면제제도의 취지와 관련되지만, 법원은 이 사건에서는 후자로 보고 지배·개입의 의사가 불필요하다고 판단한 것으로 보인다.

이 사건은 교섭대표노조를 통해 단체협약을 체결한 것은 아니지만 복수노조의 시대에서는 자주 발생할 분쟁 내용이므로 판결은 노사 모두에게 시사하는 점이 있다. 사건검색에 따르면, 회사가 항소하였으므로 고등법원에서의 판결뿐 아니라, 이 사건에서 어떤 형태로든 영향을 줄 근로시간면제제도의 성격과 관련된 사건에 대한 대법원과 헌법재판소의 판단도 궁금하다. **KLI**

박수근(한양대학교 법학전문대학원 교수)

신청후 계약기간이 만료된 기간제 근로자의 차별시정신청 구제이익

- 서울행정법원 2013. 10. 22. 선고 2013구합9304 판결 -

【주문】

① 근로자가 차별적 처우에 대한 시정을 구하면서 노동위원회에 구제신청을 하였으나 심판절차가 진행 중 계약기간의 만료로 근로관계가 종료되었다면 장래에 더는 차별적 처우를 받을 가능성이 없어지는 점 ② 노동위원회는 차별적 처우에 대한 시정조치로 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선 및 금전보상 등을 명할 수 있는데, 근로관계 종료 전의 차별적 처우에 대한 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선명령은 과거의 법률관계에 관한 것으로 사용자가 그 명령을 이행할 수 없어 실효성이 없는 점 ③ 근로관계 종료 전의 차별적 처우에 대한 금전보상명령의 경우, 근로자가 위 명령에 따른 금전보상을 받을 가능성이 있다고 하더라도 위와 같은 시정명령으로써 근로자에게 곧바로 금전보상청구권이 발생한다고 볼 수 없고, 사용자가 시정명령을 이행할 공법상 의무만 부담하는 점, ④ 차별적 처우로 인한 금전보상은 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있는 점 ⑤ 법 제9조 제1항 단서의 6개월 규정은 차별시정을 신청할 수 있는 제척기간을 정한 것일 뿐이고, 근로계약기간이 만료된 경우에도 근로계약이 종료된 때로부터 6개월 이내에는 차별시정을 신청할 이익이 있다는 취지로 해석하기 어려운 점 등을 종합하면, 근로자가 노동위원회에 차별시정을 신청하여 다투던 중 근로관계가 종료하였다면 구제이익이 소멸한다고 보아야 한다.

이 사건의 사실관계는 간단하다. 자동차운전학원의 기간제 운전강사들이 정규직 운전강사와 비교하여 기본급 및 수당 등에 대하여 차별적 처우를 받고 있다고 노동위원회에 차별시정신청을 하였다. 지방노동위원회는 차별적 처우를 인정하여 금전보상명령을 내렸다. 중앙노동위원회는 이 사건 원고인 자동차운전학원의 대표자의 재심신청을 기각하였다. 이에 원고는 행정법원에 재심판정취소소송을 제기하였다.

행정법원에서 쟁점이 되었던 것은 중앙노동위원회가 재심판정을 하는 시점에서 이 사건의 기간제 근로자들이 차별시정을 구할 구제이익이 있는가 하는 점이다. 근로자들은 지방노동위원회에 2012. 10. 2. 시정신청을 하였고, 지방노동위원회는 2012. 12. 14. 시정명령을 내렸다. 그런데 이 사건 근로자들은 총 4명인데, 이들의 근로계약은 2012. 11. 4.에서 2012. 11. 24.에 걸쳐 각각 만료되었고, 이 날짜들은 모두 지방노동위원회 시정명령 판정 이전이었다. 행정법원은 위와 같이 근로자들의 구제이익이 소멸하여 중앙노동위원회가 재심신청을 각하하였어야 한다고 보아 중앙노동위원회의 재심판정을 취소하였다.

이 사건이 다른 것은 동일한 상태에서 기간제 근로자들이 부당해고 등 구제신청을 하

여 중앙노동위원회가 임금상당액지급명령을 내린 것에 대한 것이라면 행정법원의 판결은 이상할 것이 없다. 왜냐하면 대법원은 일관되게 근로자가 제기한 부당해고 구제신청(재심신청) 혹은 재심판정취소소송의 도중에 해당 근로자의 근로계약기간이 만료되면, 구제이익이나 소의 이익이 없다고 보기 때문이다.⁶⁾ 그래서 이 사건에서 행정법원의 논거 중 ③과 ④는 부당해고 등의 구제신청의 구제이익과 관련하여 대법원의 논거와 동일하다.⁷⁾ 부당해고 구제신청(혹은 재심판정취소소송)의 구제이익(혹은 소의 이익)에 대한 대법원의 법리가 해당 구제신청이나 재심판정취소소송단계에서 대부분 근로계약이 만료되는 기간제 근로자들에게 노동위원회를 통한 부당해고구제제도를 사실상 이용하지 못하게 하는 점, 그리고 사용자의 재심신청이익(혹은 소의 이익)을 인정하는 대법원의 법리와 비교하여 형평성을 잃은 점, 그리고 임금상당액 지급명령은 원직복직명령에 독립적인 구제명령이라는 점을 간과한 점 등이 문제로 지적되고 있지만,⁸⁾ 하급심인 행정법원이 이러한 대법원의 판례를 따른 것이라면 행정법원의 판결만을 새삼스레 문제 삼을 것은 아니다.

따라서 위 행정법원의 판결에 대하여 검토되어야 할 것은 과연 부당해고 등 구제신청의 구제이익과 관련된 판례법리를 차별시정신청의 구제이익에 대해 동일하게 적용할 수 있는가 하는 점이다. 이 문제에 대해 가장 먼저 언급되어야 하는 것은 차별시정신청의 담당기관인 노동위원회는 물론 주무부서인 노동부 또한 전혀 이렇게 해석하지 않고 있다는 점이다. 중앙노동위원회와 노동부의 관련 지침서에 따르면 신청인 당사자 적격성 여부는 차별시정 신청 당시가 아니라 차별적 처우가 있었던 때를 기준으로 판단한다. 따라서 신청인이 차별시정 신청 시에 퇴직이나 정규직 전환 등으로 비정규근로자가 아니더라도 본인이 주장하는 차별적 처우가 있었던 당시에 비정규근로자였다면 신청인 적격성이 인정된다.⁹⁾

둘째로 지적해야 하는 것은 부당해고 등의 구제이익(소의 이익)의 판례법리를 차별시정신청의 구제이익에 적용하게 되면 노동위원회를 통한 차별시정신청제도가 유명무실하게 된다는 점이다. 기간제 근로자들의 근로계약기간이 1년 이하가 절대 다수일텐데, 위

6) 구제이익과 관련해서는 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결, 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결 참조. 소의 이익과 관련해서는 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347.

7) 대법원은 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결에서 “참가인의 직원으로서의 지위회복이 불가능하게 된 이상 임금 부분에 대하여 임금청구소송 등 민사소송을 제기하여 그 전제로서 면직이 무효임을 주장하여 구제 받을 수 있기 때문에” 근로자가 제기한 부당해고 재심판정 취소소송의 소의 이익을 인정하지 않았다.

8) 심재진(2012), 「근로관계 종료에 따른 부당해고 등 구제신청 구제이익과 재심판정취소소송 소의이익 - 대법원 판례법리의 분석과 평가」, 『노동법연구』 32, 서울대학교 노동법연구회.

9) 노동부(2007), 『비정규직법령 업무매뉴얼』, p.62 참조; 중앙노동위원회(2009), 『차별시정업무 매뉴얼』, p.34 참조.

행정법원의 판결대로라면 기간제 근로자들은 이미 차별시정 신청 전에 근로계약이 만료되어 구제이익이 없어질 수 있음은 물론 지방노동위원회, 중앙노동위원회, 행정법원, 고등법원의 어느 단계에서 필연적으로 근로계약이 만료되어 구제이익(혹은 소의 이익)이 없다는 이유로 근로자들이 제기한 차별시정신청(혹은 재심신청)이나 재심판정취소소송이 각하될 것이기 때문이다. 따라서 행정법원의 위 판결은 차별시정신청제도의 입법취지를 정면으로 부정하는 판결이다. 더구나 국회는 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률을 개정하여 차별시정신청 제척기간을 3개월에서 6개월로 연장하였다. 이렇게 연장한 것은 근로자들의 차별시정 신청을 활성화하기 위한 취지였다.¹⁰⁾ 그런데 행정법원의 판결에 따르면 예를 들어 계약기간이 6개월 이하인 근로자는 차별이 있는 날로부터 6개월이 되는 날에 차별시정신청을 할 경우 전부 각하될 것이다. 행정법원에 따르면 국회는 제척기간을 늘려서 오히려 차별시정제도 이용을 어렵게 하는 결과를 초래한 셈이다. 이런 점을 감안하면, 이 규정은 단순히 제척기간에 대한 것이라는 행정법원의 논리는 법개정에서 입법부가 당연히 전제하고 있는 입법취지에 정면으로 반한다.

마지막으로 행정법원이 기존의 대법원 판례법리를 따랐을 뿐이라는 것도 타당하지 않다. 대법원은 물론 다른 어떤 하급심도 차별시정신청과 관련해서는 그러한 판결을 한 적이 없다. 오히려 이제까지 유사사건에서 법원은 근로관계가 이미 만료된 기간제 근로자들의 구제이익(혹은 소의 이익)이 있는 것을 전제로 하여 실제 차별에 해당하는지를 판단하였다. 일례로 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045는 은행의 기간제 근로자들이 임금차별을 이유로 시정신청을 한 사건이다. 이 근로자들은 심지어 지방노동위원회 차별시정신청 전에 계약기간이 만료되어 근로관계가 종료되었다. 위 행정법원에 따르면 지방노동위원회에서 각하하였어야 하는 사건은 지방노동위원회(서울지노위 2009. 6. 22. 서울2009차별9, 11병합), 중앙노동위원회(중노위 2009. 9. 23. 중앙 2009차별7, 8병합), 서울행정법원(2010. 6. 4. 선고 2009구합47385), 서울고등법원(2011. 1. 28. 선고 2010누20241)을 거쳐 대법원에서 상고기각으로 중앙노동위원회의 금전보상명령이 확정되었다. 이에 대해 사용자 측이 주장하지 않아서 구제이익이 있는지 여부가 다투어지지 않았을 것이라는 반론도 타당하지 않다. 구제이익(혹은 소의 이익)의 문제는 법원이 직권으로 판단할 수 있는 사안이며, 부당해고 등의 구제이익과 관련하여 직권에 의한 판단이 이루어진 바 있다.¹¹⁾

10) 환경노동위원장, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(대안), 의안번호 14291, 2011. 12. 28.

11) 서울고등법원 2008. 11. 13. 선고 2008누9708 판결. 이 사건은 사용자가 제기한 재심신청에서 중앙노동위원회가 판정을 내리기 전에 해당 근로자의 근로계약이 종료하였으나 중앙노동위원회가 원 직복직 및 임금상당액지급 명령을 임금상당액지급명령으로 구체명령을 내린 것에 대해 서울고등법원은 직권으로 이 근로자들의 구제이익이 없기 때문에 각하되었어야 한다고 하여 재심판정을 취소하는 판결을 내렸고, 이 판결의 취지는 대법원에 의해 확정되었다(대법원 2009. 12. 10. 선고

이상으로 보면 결국 부당해고 등의 구제신청에서의 구제이익에 관한 판례법리는 차별시정신청의 구제이익(혹은 소의 이익)에서 적용할 수 없음이 분명해진다. 그래서 행정법원에서 이러한 판결이 내려진 것은 충격적이다. 그럼에도 불구하고 그 이유를 조금이라도 이해하려고 한다면, 부당해고 등과 관련한 구제이익(혹은 소의 이익)의 판례법리의 논거 자체가 노동위원회에서 내리는 모든 금전관련 명령에서 모두 적용될 수 있는 여지가 있기 때문이다. 그것은 금전관련 명령은 민사상의 집행력이나 사법상의 효과가 없기 때문에, 노동위원회가 아니라 이러한 효과를 갖는 민사소송을 통해서 관련 문제가 다투어져야 한다는 논리이다. 그렇기 때문에 노동위원회 제도 취지를 부정하는 이러한 판례법리에 대한 개선이 시급하다. **KL**

심재진(대구대학교 법과대학 교수)

2008두22136 판결).