

# 노동판례리뷰

## 기간제법 시행과 기간제 근로계약의 갱신기대권

- 대상판결 ① 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결 -
- 대상판결 ② 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다51674 판결 -
- 대상판결 ③ 대법원 2014. 3. 13. 선고 2012다94179 판결 -

### 【판결요지】

기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있고, 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다.

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 “기간제법”)은 기간제 근로자의 사용기간을 2년으로 제한하고, 2년을 초과하여 사용하는 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(무기계약근로자)로 간주하고 있다(제4조 제1항·제2항). 이 때 사용기간 2년은 기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년이 되는 경우를 포함한다. 그동안 판례는 기간제 근로계약의 경우 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우 사용자가 이에 위반하여 갱신을 거절하는 것은 부당해고에 해당한다는 갱신기대권의 법리를 발전시켜 왔다. 최근 기간제법 시행 이후 2년 이내 혹은 2년을 초과하는 경우에도 이와 같은 갱신기대권의 법리가 적용될 수 있는지 여부가 논란이 되었다. 사용기간의 적용예외에 해당하는 자(제4조 제1항 단서, 같은 법 시행령 제3조)에 대해 갱신기대권의 법리가 계속적으로 적용가능하다는 입장이 다

수이다. 논란의 대상은 사용기간의 제한을 받는 경우이다. 이에 대해 학설은 갱신기대권이 적용된다고 하는 견해<sup>1)</sup>와 부인하는 견해<sup>2)</sup>로 양분되어 있으며, 하급심<sup>3)</sup>에서도 입장이 갈리는 듯 보였다.

대상판결들은 이러한 논쟁과 관련된 첫 대법원 판단이라는 점에서 의의가 있으며 주목 받을 만한 판결이다. 대상판결들은 동일한 유형의 사건으로서 시간적 격차와 소를 달리 하는 사건들이다. 위 3건 모두 한국○○공사 사건으로 기간제 근로자로 신분이 전환(대상판결 ① 2005년 이전에 계약직 공무원)되거나 신규로 채용되어(대상판결 ②) 1년 단위로 계약을 갱신체결하다가 기간제법 시행 2년이 되는 시점에서(대상판결 ①의 경우 2009. 6. 30) 갱신거절로 계약이 만료된 사건들이다. 대상판결 ①<sup>4)</sup>은 행정소송으로, 대상판결 ②·③<sup>5)</sup>은 민사소송으로 제기되었으며 후속사건(대상판결 ②·③)은 선례(대상판결 ①)의 영향과 부당하고 구제신청기간의 도과로 민사로 제기된 것으로 보인다. 이 글은 대상판결 ①을 중심으로 서술하도록 한다.

우선, 기간제법 시행과 갱신기대권 법리의 적용가능성이다.

대상판결은 【판결요지】에서 보는 바와 같이 입법취지 등을 고려하건대 “기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다”고 판시하였다. 대상판결의 원심(각주 4)은 더 구체적으로 “재계약의 정당한 기대권은 채용의 근거가 된 계약이나 취업규칙의 재계약 관련 규정

- 
- 1) 권오상(2012), 『기간제 근로자 사용기간 제한의 예외사유와 갱신기대권 - 서울행정법원 2011. 12. 1. 선고 2011구합25920 판결』, 『노동법학』 제42호, 한국노동법학회, pp.333~337; 김홍영(2012), 『기간제법의 시행 이후 갱신기대권의 인정 여부 - 서울고등법원 2011. 4. 14. 선고 2010누33971 판결』, 『노동법학』 제41호, 한국노동법학회, pp.365~369; 도재형(2008), 『기간제 근로계약 갱신거절권의 제한』, 『노동법연구』 제24호, 서울대노동법연구회, pp.182~184; 최석환(2011), 『기간제법 시행 이후의 기간제 근로계약과 기대권 - 서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결』, 『노동법학』 제40호, 한국노동법학회, pp.344~347.
  - 2) 김형배(2013), 『노동법』, 박영사, p.1020; 유성재(2010), 『기간제법의 제정과 기간제 근로계약의 갱신거부』, 『중앙법학』 통권 제36호, pp.375~376; 이정·류문호(2012), 『기간제 근로자의 갱신기대권에 대한 판단과 해석: 2005년 이후 대법원의 판례흐름과 그 비판적 검토내용을 중심으로』, 『외법논집』 제36권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, pp.172~174.
  - 3) 기간제법 시행과 갱신기대권을 명시적으로 언급하면서 적용된다는 하급심(서울고등법원 2011. 4. 14. 선고 2010누33971 판결 등: 대상판결들의 원심)과 적용을 부인한 하급심(서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결: 대법원에서 심리불속행으로 기각되어 원심이 확정됨)이 있다.
  - 4) 대상판결 ①: 경기지방노동위원회 2009. 8. 25. 경기2009부해789 → 중앙노동위원회 2009. 11. 24. 중앙2009부해872 → (1심) 서울행정법원 2010. 9. 10. 선고 2010구합887 판결 → (원심) 서울고등법원 2011. 4. 14. 선고 2010누33971 판결. 모두 갱신기대권을 인정하여 부당해고로 판단하였다.
  - 5) 대상판결 ②: (1심) 대전지방법원 2011. 9. 7. 선고 2009가합14344 판결 → (원심) 대전고등법원 2013. 6. 4. 선고 2011나5613 판결, 대상판결 ③: (1심) 서울동부지방법원 2011. 11. 8. 선고 2010가합22314 판결 → (원심) 서울고등법원 2012. 9. 21. 선고 2011나105241 판결.

에서 발생하는 권리이고, 기간제법 제4조가 그와 같은 재계약 관련 규정을 특별히 제한하는 규정이라고 보이지 아니하므로 기간제 근로자 등에 대한 불리한 차별을 시정하고 기간제 근로자 등의 근로조건 보호 강화에 입법취지가 있는 기간제법의 시행을 원고가 주장하는 바와 같이 오히려 기간제 근로자에게 불리하게 재계약 기대권의 범리를 제한하여야 하는 사정으로 볼 수 없다”고 하였다.

대상판결의 사안은 ①의 경우 구 철도청 철도경영연수부에 2000년에 계약직 공무원으로 근무하던 중 2005년 철도청이 철도공사로 전환됨에 따라 기간제 근로자로 전환된 자이며, ②와 ③의 경우 2005년부터 기간제법 시행(2007. 7) 이전에 신규로 채용된 기간제 근로자들이다. 이 사건 근로자들은 기간제법 시행 이전에 채용되었다는 공통점이 있다. 이러한 이유로 대상판결은 ‘법 시행 이전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권’이라 표현한 것이다.

그렇다면 기간제법 시행 이후 신규로 채용된 기간제 근로자에 대해서도 대상판결의 범리가 그대로 적용될 수 있는가? 필자는 적용되지 않을 이유가 없다고 본다. 이를 부정하는 하급심 판결(서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결)<sup>6)</sup>을 보면 “기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면, 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다”고 하였다. 그러나 이 사안에서는 기간제법의 시행 여부는 갱신기대권 자체의 발생여부를 판단하는 상황적 요소에 불과했다고 보인다. 즉 갱신기대권이 발생했다고 볼 만한 근거(근로계약·취업규칙·단체협약 내지 관행 등)가 없는 상황에서 기간제법의 사용기간 제한이 기간만료의 배경으로 작용한 것이다. 실무적으로 기간제법 시행 이후 갱신가능성을 근로계약·취업규칙 등을 통해 2년 이내로 제한하고 있는 경우들이 상당수 있다. 이러한 경우에는 2년을 초과하는 갱신기대권은 인정되기 곤란할 것이다.

다음으로, 갱신기대권은 어떤 경우에 인정될 수 있는가이다(인정요건 내지 판단기준).

대상판결 ①은 (1)근로계약서에 계약만료 시 최종 평가를 실시한다고 정하였고, 실제 근무실적을 평가하여 재계약 가능점수를 얻자 계약을 갱신해왔다는 점, (2)구 철도청에서의 근무기간을 포함하여 8회에 걸쳐 매년 갱신하여 근무한 점, (3)근로계약 체결 당시 시행 중이던 ‘전문직 직원 운영세칙’은 근무실적 평가 결과 최종 평점 75점 이상인 경우 계약이 연장되도록 규정하였고, 전문직 직원의 총 사용기간의 제한을 폐지하는 한편 1년 단위로 계약을 체결하도록 하되 1년 이상 사용할 경우 재계약 시 계약서에 특별한 사유가 없는 한 계약기간이 1년 단위로 계속 연장된 것으로 간주된다고 규정한 점을 들어 갱신에

6) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두23061 판결(대한민국 : 국가권익위원회 사건). 심리불속행으로 기각되어 위 원심을 확정하였다.

대한 정당한 기대권이 인정된다고 판단하였다. 갱신기대권의 법리를 적용해 온 판례를 보면, 갱신기대권은 “㉠ 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, ㉡ 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우”이다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결, ㉠와 ㉡는 필자 표기). ㉠는 갱신기대권에 대한 명시적인 약정·규정에 해당하고, ㉡는 이러한 명시적 약정·규정이 없더라도 이를 추단할 만한 묵시적 약정 내지 관행이 성립되었는지 여부이다. 대상판결들의 사안은 위 판례법리 중 ㉠의 명시적 약정·규정이 있는 경우에 해당하며, 이러한 명시적 약정·규정이 있는 경우에는 기간제법 시행 여부가 영향을 미치지 않는다. 다만, 갱신기대권에 대한 명시적 약정·규정이 없는 경우에는 기간제법의 시행이 갱신기대권에 대한 묵시적 약정 내지 관행의 성립을 부인하는 사정으로 작용할 수 있을 것이다.

그 다음으로, 2년을 초과하는 경우의 갱신기대권의 법적 효과이다.

판례는 근로계약 갱신기대권에 반하는 갱신의 거절은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고 “이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다”고 판단하였다(위 대법원 2007두1729 판결). 갱신기대권은 근로자의 근로계약 갱신(재계약)에 대한 기대를 보호하는 것이므로 갱신된 근로계약은 종전 계약과 같은 기간과 조건을 정한 근로계약이 된다. 2년을 초과하는 시점에서 갱신기대권이 인정되는 경우 기간제법 제4조 제2항이 적용되어 결과적으로 무기근로계약(기간의 정함이 없는 근로계약)으로 전환된다. 대상판결도 【판결요지】와 같이 판시하고 있으며, 대상판결의 원심은 “무기계약 전환이라는 결과는 재계약 기대권 법리의 직접적 귀결이 아니라 기간제법 제4조에 따른 것”이라고 설시하고 있다. 이는 타당한 결론이라 생각한다. **KL**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 학술연구교수)

## 채권추심원의 근로자성 인정에 따른 고용보험료 등 부과처분의 정당성

- 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두6745 판결 -

### 【판결요지】

고용보험법 제8조와 구 고용보험법(2007. 5. 11. 법률 제8429호로 전부 개정되기 전의 것) 제7조, 산업재해보상보험법 제6조와 구 산업재해보상보험법(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전부 개정되기 전의 것) 제5조, 구 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수 등에 관한 법률(2009. 12. 30. 법률 제9896호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항, 제3항, 제7조 제1호, 제2호, 제13조 제1항, 제17조 제1항, 제2항, 제19조 제1항, 제2항, 제4항의 내용을 종합해 보면, 고용보험과 산업재해보상보험의 보험관계는 법령에서 예외로 규정한 사업을 제외하고는 사업 개시로 당연히 성립하고, 보험관계가 성립하면 사업주는 보험료 신고·납부 의무를, 보험자는 보험급여 지급의무를 부담하게 된다. 사업주의 보험료 신고·납부 의무와 보험자의 보험급여 지급의무는 위와 같이 법령의 규정에 의하여 부담하는 것이므로, 사업주는 보험관계 성립을 인식하지 못하여 보험급여를 청구하지 않았다고 하여 보험료 신고·납부 의무를 면할 수 없고, 보험자도 보험관계 성립에 대한 착오로 보험료를 징수하지 않았다고 하여 보험급여 지급을 거절할 수 없다.

이 사건 원고 삼성카드 주식회사(이하 “원고회사”)는 1983. 3. 24.에 설립되어 1988. 5. 24.자로 신용카드업 인가를 받고 신용카드 등의 영업을 하면서, 다수의 채권추심원들을 위임계약을 체결하는 방식으로 사용하면서도 이들을 근로자로 취급하지는 않았었다. 원고회사의 사업에 관하여는 1995. 7. 1.에 고용보험관계가, 1998. 7. 1.에 산재보험관계가 각 성립하였으나, 7) 원고회사는 채권추심원들을 근로자로 취급하지 않았기 때문에 채권추심원들에 관한 고용보험료와 산재보험료는 신고·납부하지 않고 있었다.

그러던 2005년 원고회사 소속 채권추심원이 근무 도중에 회사의 화장실에서 쓰러져 의식을 잃고 병원으로 실려가 응급치료를 받았으나 결국에는 뇌지주막하출혈로 사망하는 일이 발생하였고, 이에 사망한 채권추심원의 유족은 근로복지공단을 상대로 유족급여 및 장의비 지급을 청구했지만 공단은 사망한 채권추심원은 근로자가 아니라는 이유로 유족급여 등의 지급을 거부하였다. 그러자 사망한 채권추심원의 유족은 공단의 유족급여 및 장의비 부지급 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 1심법원은 유족의 주장을 받아들

7) 1998. 6. 24. 일부 개정되어 같은 해 7. 1.자로 시행된 산업재해보상보험법 시행령에 따라 1998. 7. 1.부터 금융·보험업도 산업재해보상보험의 당연적용대상사업이 되었다.

여 원고승소 판결하였으나, 항소심법원은 채권추심원의 근로자성을 부정하였다. 이에 유족은 상고하였고 대법원은 원고회사가 비록 사망한 채권추심원의 업무수행에 관하여 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하지는 않는다고 하더라도 원고회사의 필요에 따라 적절한 방법으로 상당한 지휘·감독할 수 있는 여지는 있다는 이유로 사망한 채권추심원은 근로자에 해당한다고 판단하고 사건을 파기환송하였다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두 1566 판결). 이와 같이 원고회사 소속 채권추심원의 근로자성이 인정된다는 취지의 대법원 판결이 나옴에 따라 원고회사는 그동안 채권추심원들을 근로자로 보지 않아 신고·납부하지 않았던 채권추심원들에 관한 고용보험료와 산재보험료를 스스로 수정신고·납부할 기회가 있었으나 이를 하지 아니하였고, 그러자 공단은 원고회사에게 약 30억 9천만 원에 이르는 고용보험 및 산재보험료를 부과하였다. 이에 원고회사는 공단의 보험료를 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 1심법원 및 항고심법원은 모두 원고의 청구를 인정하지 않자 피고회사가 상고하였는바, 대상판결은 그 상고심판결이다.

고용보험이나 산업재해보상보험은 강제성과 비영리성을 특징으로 하는 공적보험으로 가입자의 임의성과 영리성에 바탕을 둔 사보험과는 원칙적으로 근로자를 사용하는 모든 사업주는 당연히 보험가입대상자가 되고, 보험관계의 성립은 법령에 따라 강제된다. 즉, 당연가입사업장의 경우에는 그 사업의 개시로 당연히 보험관계가 성립하고, 보험관계가 성립하면 사업주는 법령의 규정에 따라 보험료의 납부의무를 부담한다. 이와 같이 사업주의 고용보험 및 산업재해보상보험 보험료 납부의무는 법령의 규정에 의한 것이므로 사업주가 보험관계의 성립을 인식하지 못하였다고 하더라도 보험료의 납부의무를 면할 수는 없다. 이러한 점에서 “사업주가 보험관계 성립을 인식하지 못하여 보험급여를 청구하지 않았다고 하여 보험료 신고·납부 의무를 면할 수 없고, 보험자도 보험관계 성립에 대한 착오로 보험료를 징수하지 않았다고 하여 보험급여 지급을 거절할 수 없다”는 대상판결의 결론은 당연하다.

대상판결의 내용 중 흥미로운 부분은 신뢰보호 원칙에 관한 판단이다. 즉, 원고회사는 근로복지공단의 앞서 본 뇌지주막하출혈로 사망한 원고회사 소속 채권추심원의 유족에 대한 유족보상 및 장의비 부지급 처분이나 이러한 부지급 처분의 취소청구소송 과정에서 원고회사 소속 채권추심원은 근로자가 아니라는 취지의 근로복지공단의 주장 등을 근거로 근로복지공단이 원고회사에게 채권추심원들에 관한 고용보험료 및 산재보험료를 부과한 것이 신뢰보호의 원칙에 반한다고 주장하였으나, 대법원은 이러한 사정이 근로복지공단이 원고회사에게 채권추심원들에 관한 고용보험료 및 산재보험료를 부과하지 않겠다는 공적인 견해표명을 한 것으로 볼 수 없다는 이유로 이 사건 보험료 부과처분이 신뢰보호의 원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다. 이러한 판단은 종래 근로복지공단이 근로자에 해당하지 않는다고 판단하여 산재보험급여의 지급을 거부하던 자의 법적 지위

가 실제로는 근로자에 해당하는 것으로 확인되는 경우, 그동안 사업주가 납부하지 않았던 고용보험료 및 산재보험료의 처리에 관한 기준을 제시하였다는 점에서 의미가 있다.<sup>8)</sup>

마지막으로 대상판결의 쟁점은 아니지만 원고회사가 납부한 고용보험료 중 원고소속 채권추심원들의 부담부분에 대하여 원고회사가 채권추심원들에게 구상권을 행사할 수 있는지, 나아가 구상권을 행사할 수 있다면 채권추심원들의 임금채권과 상계할 수 있는지도 논란이 될 것으로 생각된다. 또한 본 사안과는 직접적인 관련은 없지만, 산재보험법 제125조의 특수형태근로종사자로서 고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수 등에 관한 법률 제49조의 3 제2항에 따라 산재보험료의 2분의 1을 부담해 오던 자가 실제로는 근로자에 해당하는 것으로 확인될 경우, 특수형태근로종사자가 그동안 부담해 왔던 산재보험료 상당액에 관하여 사업주를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있는지도 문제가 될 것이다. **㉮**

권오성(성신여자대학교 법과대학 부교수)

8) 대상판결과는 반대의 경우로, 근로복지공단에서 우유보급소에 소속 배달원의 근로자성을 인정하여 배달도중 교통사고로 사망한 배달원의 유족에게 유족급여를 지급한 뒤 우유보급소의 사업주에게 산재보험료 등을 부과하자, 우유보급소의 사업주가 보험료 부과처분의 취소를 다툰 사건에서 법원이 배달원의 근로자성을 부정하여 보험료 부과처분을 취소한 사건이 있다(대구고등법원 2011. 10. 28. 선고 2011누1987 판결: 확정).

## 부당 해고자에게 지급될 임금에는 연차휴가수당도 포함된다

- 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다95519 판결 -

### 【판결요지】

사용자가 근로자를 해고하였으나 그 해고에 정당한 이유가 없어 무효인 경우에 근로자는 그 부당해고기간 동안에 정상적으로 일을 계속하였더라면 받을 수 있었던 임금을 모두 지급받을 수 있다. 해고근로자가 해고기간 동안 근무를 하지는 않았다고 하더라도 해고가 무효인 이상 그동안 사용자와의 근로관계는 계속되고 있는 것이고, 근로자가 해고기간 동안 근무를 하지 못한 것은 근로자를 부당하게 해고한 사용자에게 책임 있는 사유로 인한 것이기 때문이다.

따라서 근로자가 부당해고로 인하여 지급받지 못한 임금이 연차휴가수당인 경우에도 해당 근로자의 연간 소정근로일수와 출근일수를 고려하여 근로기준법 제60조 제1항의 요건을 충족하면 연차유급휴가가 부여되는 것을 전제로 연차휴가수당을 지급하여야 하고, 이를 산정하기 위한 연간 소정근로일수와 출근일수를 계산함에 있어서 사용자의 부당해고로 인하여 근로자가 출근하지 못한 기간을 근로자에 대하여 불리하게 고려할 수는 없으므로 그 기간은 연간 소정근로일수 및 출근일수에 모두 산입되는 것으로 보는 것이 타당하며, 설령 부당해고기간이 연간 총근로일수 전부를 차지하고 있는 경우에도 달리 볼 수는 없다.

식물원에서 근무하다가 경영상 이유에 의한 해고를 당한 원고 근로자는 부당해고 구제 신청을 하였고 확정된 구제명령에 따라 원직복직 및 해고기간에 대한 임금상당액을 지급 받았다. 그러나 이 사건 근로자가 받은 해고기간 동안의 임금상당액에는 부당해고기간 중의 연차휴가수당은 포함되어 있지 않았다. 이에 근로자는 이에 대한 추가지급을 요구하는 소송을 제기하였다.

부당해고의 경우 근로자에게는 그 법률효과로서 원직복귀 및 부당해고기간에 대한 임금이 지급된다. 이에 따라 사용자가 근로자를 해고하였으나 그 해고에 정당한 이유가 없어 무효인 경우, 근로자는 부당해고기간 동안에 정상적으로 일을 계속하였더라면 받을 수 있었던 임금 전부를 청구할 수 있다(대법원 1991. 5. 14. 선고 91다2566 판결).<sup>9)</sup> 그렇지

9) 기존 대법원 판결에 따르면, 근로자들이 시간외근로를 하여 왔고, 회사와 그 노동조합 사이에 체결된 단체협약에서 당사자 간의 합의에 의하여 1주일에 12시간 이내의 연장근로를 할 수 있도록 규정되어 있는 등의 사정에 의해 근로자가 해고되지 않았더라면 시간외근로를 하고 그 시간에 대한 수당을 지급받을 것이 예상되는 경우, 이는 해고기간의 임금에 포함되어야 한다(대법원 1992. 12. 8. 선고 92다39860 판결). 또한 단체협약에 1년간 개근할 경우 연말에 금 1돈을, 정근(지각 3회 이하)할 경우 연말에 금 반 돈을 교부하여 표창하도록 규정하고 있는 경우, 표창 역시 특별한 사정이 없는 한 계속 근로하였을 경우 받을 수 있는 임금에 포함된다(대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다20034 판결).

만 부당해고기간 중의 임금은 근로를 제공할 수 없었던 기간에 근로가 이루어졌을 것이라는 가정을 한 채 이루어지는 대략적 추산과정이기 때문에 특히 해고기간이 장기간의 경우, 이를 계산하는 것이 그리 쉽지만은 않을 수 있다. 예컨대 대상판결에서 보는 바와 같이 연차휴가수당이 부당해고로 인해 근로를 제공하지 못한 근로자에게도 지급되어야 할 임금에 포함되는지, 포함된다면 그 연차휴가의 일수는 어떻게 계산해야 하는지 등이 문제될 수 있기 때문이다.

연차휴가수당이 부당해고기간 중 지급받을 수 있는 임금에 포함되는지에 대해 대상판결은 연차유급휴가가 1년간 근로에 대한 대가로 부여되는 것이기 때문에 연차휴가를 사용하지 못한 경우 청구할 수 있는 연차휴가수당은 임금에 해당하고, 부당해고로 인해 근로를 제공하지 못한 것은 부당해고에 책임이 있는 사용자측의 사정으로 인한 것이기 때문에 연차휴가수당 또한 부당해고기간의 임금에 포함되어야 한다고 판단하였다. 그리고 부당해고로 인해 근로자가 출근하지 못한 기간은 연차유급휴가의 요건인 1년간 8할 이상 출근 여부 및 연차휴가일수를 산정함에 있어 어떻게 처리되어야 하는지에 대해 대상판결은 그 기간은 연간 소정근로일수 및 출근일수에 모두 산입되는 것이 타당하고, 부당해고기간이 장기간 지속되어 설령 그 기간이 1년 총근로일수의 전부에 해당하는 경우에도 동일하게 보아야 한다고 판단하였다.

대상판결은 부당해고의 경우 근로자가 해고기간에 대해 지급받아야 할 임금은 부당해고기간 중 근로자가 받을 수 있었던 임금 전부라는 대법원의 기본적 입장을 재확인하는 한편, 부당해고자에게 지급될 임금에는 연차휴가수당도 포함된다는 것을 명확히 한 최초의 판결로서 의미가 있다. 한편 대상판결과는 달리, 고용노동부의 행정해석(근로기준과 - 5084, 2009. 12. 1.)은 근로기준법 제60조의 연차유급휴가를 부여하기 위한 ‘소정근로일수’의 개근 여부 및 출근율을 판단함에 있어 당초 근무하기로 정하였지만 ‘특별한 사유로 근로제공의무가 정지된 날 또는 기간’은 소정근로일수 계산에서 제외되어야 하는데, 부당해고기간은 사용자의 부당한 징계권 행사로 근로를 제공하지 못한 기간으로 ‘특별한 사유로 근로제공의무가 정지된 날 또는 기간’에 해당되어 소정근로일수 계산에서 제외되어야 하고, 따라서 부당해고된 근로자의 연차유급휴가는 부당해고기간을 제외한 나머지 소정근로일수에 대한 출근율에 따라 산출된 일수에 대해 사업장의 연간 총소정근로일수에 대한 출근일수 비율을 곱하여 산정해야 하며, 다만 부당해고기간이 해당 연도의 전부에 해당될 경우 사용자가 연차유급휴가를 부여하지 않아도 된다는 입장을 취하고 있다. 이와 같은 고용노동부의 행정해석은 대상판결의 취지에 맞게 변경되어야 할 것이다.

한편 대상판결이 사용자의 책임으로 인한 부당해고기간이 연차유급휴가의 발생요건 및 휴가일수 산정에 불리하게 취급되어서는 안된다는 것을 명확히 한 것은 지극히 타당하지만, 그와 동시에 대상판결은 연차유급휴가에서 쟁의행위기간의 처리 및 연차휴가일

수의 계산과 관련하여 최근 내려졌던 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결에 대해 근본적인 의문을 제기하게 한다. 이 사건에서 대법원은 정당한 쟁의기간이나 육아휴직기간은 연차유급휴가의 발생요건인 출근율을 산정함에 있어 소정근로일수에서 제외하는 것이 타당하고, 8할의 출근율 요건을 충족한 경우 연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수를 연간 소정근로일수로 나눈 비율만큼을 연차휴가일수로 산정하는 것이 타당하다고 판단한 바 있다.<sup>10)</sup>

그럼 왜 연차휴가의 요건 및 휴가일수를 계산함에 있어 부당해고로 근로제공이 없었던 기간과 정당한 쟁의행위에 참가하여 근로제공이 없었던 기간이 달리 취급되어야 하는 것일까. 대법원은 이에 대한 논거로 연차유급휴가가 1년간의 근로에 대한 대가로서의 성질을 갖고 있고 현실적인 근로의 제공이 없었던 쟁의행위기간에는 원칙적으로 근로에 대한 대가를 부여할 의무가 없다는 점을 제시하고 있다. 그러나 일반적으로 파업기간보다 더 장기간 근로제공이 없었음에도 부당해고의 제한 없이 연차휴가가 부여되어야 한다는 대 상판결의 판시는 이와는 반대로 연차휴가가 1년 근로의 대가가 아닐 뿐만 아니라 쟁의행위기간에 대하여도 제한 없이 연차휴가를 인정하지 못할 바 아님을 보여주는 것이라 할 수 있다. 혹 대법원이 연차휴가에서 부당해고와 쟁의행위기간을 달리 취급하는 이유가 현실적으로 근로제공이 없었던 기간이 노사 중 누구의 영역에서 발생한 것을 본 것은 아닐까. 만약 그렇게 판단한 것이라면 쟁의행위기간을 소정근로일수에서 제외하여 출근율을 산정하고 소정근로일수에서 제외된 쟁의행위기간만큼 연차휴가를 비례적으로 삭감하는 것은 정당한 권리인 쟁의권 행사를 이유로 불이익을 주는 것으로서 헌법상 기본권인 쟁의권의 보장 취지나 노동조합 및 노동관계조정법의 규정과 배치되는 것이라 하지 않을 수 없다. **KL**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

10) 이에 대하여는 노호창(2014), 「연차유급휴가에서 쟁의행위기간과 육아휴직기간의 처리 및 휴가일수의 계산」, 『노동리뷰』 3월호, pp.82~86 참조.

## 티켓다방에서 차 배달 업무를 주로 하는 종업원의 근로자성

- 서울고등법원 2014. 1. 22. 선고 2012누17041 판결 -

### 【판결요지】

티켓다방에서 차 배달 업무를 주로 수행하는 종업원은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 이 사건 사업장에 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다.

대상판결에서 쟁점이 된 사안은 티켓다방에서 차 배달 업무를 주로 수행하는 여종업원이 요양급여를 신청할 수 있는 근로기준법상의 근로자에 해당하는가 여부이다.

원고는 다방업으로 영업신고를 한 사업장에서 주로 차 배달 업무를 수행하였는데, 2010. 6. 6. 차를 배달하던 중 교통사고를 당하여 외상성 뇌경막하 혈종, 외상성 뇌실질내 출혈을 진단받아 근로복지공단에 요양급여를 신청하였다. 그러나 근로복지공단은 원고가 사장으로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받았음을 확인할 객관적 자료가 없는 점, 원고를 비롯한 이 사건 사업장의 여종업원들은 기본급 없이 차 한 잔을 2,500원으로 계산하여 사장 6, 여종업원 4의 비율로 차 배달 수익금을 나누어 가진 점, 이 사건 사업장 소속으로 갑종근로소득세를 공제하거나 사회보험에 가입한 사실이 없는 점 등에 비추어 원고를 이 사건 사업장의 근로자로 볼 수 없다는 이유로 2010. 8. 27. 요양급여 신청을 불승인하였다.

근로복지공단의 손을 들어준 행정법원과 달리, 서울고법은 “여종업원들은 이 사건 사업장에서 차 배달 주문을 받고 그곳에서 만든 차나 커피 등을 정해진 가격에 배달한 후 매일 그 수입금 전부를 사용자 B에게 전달하여야 하는 업무인 점, 그 이외에 여종업원들은 B의 지시에 따라 전화 응답, 주방 업무 등 부수적인 업무도 수행했던 것으로 보이는 점” 등에 비추어 볼 때, “여종업원들이 차 배달 등 업무를 수행하는 과정에서 사장으로부터 독립하여 자유롭게 업무에 종사한 것으로 보기는 어렵고, 오히려 사장으로부터 업무와 관련한 직·간접적인 지휘·감독을 받는 관계에 있었다”고 판단하였다.

또한 서울고법은 “주·야간조 3명씩 근무하는데 여종업원이 늦을 경우 출근을 독촉했던 사실, 근무태도 등을 이유로 여종업원들에게 그만두라고 말했던 사실” 등을 인정하면서 “근무태도 등에 따라 불이익을 받게 될 가능성도 있었을 것”으로 판단하였고, 근로복지공단의 “여종업원들이 차 배달 수입 외에 ‘팁’을 받았기 때문에 근로자에 해당하지 않는다”는 주장에 대해서도 “원고가 차 배달로 인한 수입 외에 별도로 ‘팁’을 받았음을 인정할 증거가 없고, 설령 피고 주장과 같이 ‘팁’을 받았다고 하더라도 그러한 사정만으로

근로자에 해당되지 않는다고 볼 수는 없다”라고 하면서 “이 사건 사업장은 식품위생법 등에 따라 다방업으로 영업신고를 한 사업장으로서 그 성격과 내용 등에 비추어 보더라도 산업재해보상보험법상의 사업장으로 인정할 수 없을 정도로 관계 법령에 따라 금지된 사업장에 해당한다고 볼 수도 없다”라고 하며 근로복지공단의 주장을 받아들이지 않았다.

한편, 사고를 당한 녹즙배달원이 요양급여를 신청한 사건(행정법원 2014. 2. 6. 선고 2013구단12020 판결)에서도 행정법원이 그 배달원의 근로자성을 인정한 바 있다. 녹즙배달원 사건에서 행정법원은 “이 사건 사업장에서 배달시간은 물론, 배달 품목 및 구역 등을 사업주가 전적으로 지정하면, 원고와 같은 새벽 배달원들은 이에 따라 근로를 제공하였고, 근무태도 등에 따라 해고 등의 불이익을 받게 될 가능성도 있었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고는 업무수행 전반에 관하여 사업주의 직·간접적인 지휘, 감독을 받는 관계에 있었다고 봄이 타당하다”라고 판단하였다.

행정법원 및 서울고법은 위 사안들에 대해서 노무공급 과정·형태 전반에 대한 사용자의 구속성 여부, 보수의 노무제공 대가성 여부 등 ‘사용종속관계’를 외형적으로 드러내는 대법원의 근로자성 판단지표(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13939 판결; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결; 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결)를 기준으로 판단하였다. 이러한 대법원의 근로자성 판단지표는 근로자성이 문제된 사건들(골프장 캐디, 학습지 교사 등)에서 자주 볼 수 있는 내용들이다. 그러나 동일한 판단지표를 적용하더라도 무엇을 요구하느냐(산재인정을 위한 근로자성, 근로기준법상 근로자성, 노조법상 근로자성 등)에 따라서 다른 결론이 나오곤 한다.

(차 및 녹즙) 배달원의 요양급여 신청에 대한 행정법원과 서울고법의 결론을 정리하면 배달원들은 사용자의 지시에 따라 배달 등의 근로를 제공해야 했으며, 그에 따르지 않을 경우 제재를 받는 근로자였다는 것이다. 대상판결 등과 같이 배달원이 근로기준법상 근로자가 되는 순간 해당 배달원은 근로기준법에 따른 권리를 주장할 수 있고, 배달원을 고용한 사용자는 근로기준법에 따른 사용자의 의무를 준수해야 한다. 이 결론을 그대로 적용하면, 이 사건이 배달원의 요양급여 신청이 아니라 퇴직금 청구 사건이더라도 근로기준법상 근로자성이 인정되어 퇴직금을 지급받을 수 있게 된다. 그러나 과연 그 경우에도 법원이 배달원의 근로기준법상 근로자성을 인정했을 것인가? 여기에 대해서는 회의적이다. 이렇게 보면 근로자성 판단에 대한 법원 판결의 속내에는 법리적인 판단보다는 사회·경제적인 논리가 더 앞선 것이 아닌가라는 생각을 하지 않을 수 없다. **KLI**

신수정(인제대학교 강사)

## 출퇴근 중에 발생한 사고가 업무상 재해로 인정되기 위한 요건

- 서울행정법원 2014. 3. 6. 선고 2013구단3965 판결 -

### 【판결요지】

1. 외형상으로는 출·퇴근의 방법과 그 경로의 선택이 근로자에게 맡겨진 것으로 보이나, 출·퇴근 도중에 업무를 행하였다거나 통상적인 출·퇴근시간 이전 혹은 이후에 업무와 관련한 긴급한 사무처리나 그 밖에 업무의 특성이나 근무지의 특수성 등으로 출·퇴근의 방법 등에 선택의 여지가 없어 실제로는 그것이 근로자에게 유보된 것이라고 볼 수 없고, 사회통념상 아주 긴밀한 정도로 업무와 밀접·불가분의 관계에 있다고 판단되는 경우에는 그러한 출·퇴근 중에 발생한 재해와 업무 사이에는 직접적이고도 밀접한 내적 관련성이 존재하여 그 재해는 사업주의 지배·관리 아래 업무상의 사유로 발생한 것이라고 볼 수 있다.
2. 공사현장관리 등 업무수행을 위해서 자가용의 운행이 불가피하였던 점, 사업주가 원고의 자가용 출퇴근을 잘 알고 있었고, 유류비와 수리비 등 경비를 지원한 점, 통상적인 출퇴근 경로에서 사고가 발생한 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고에게는 자가용을 이용한 출퇴근 외에는 선택의 여지가 없었고, 이러한 출퇴근은 업무와 밀접하게 연관되어 있으므로, 원고가 출퇴근 도중에 발생한 사고로 입은 부상은 업무상 재해에 해당한다.

이 사건 근로자(원고)는 주식회사 ○○건설의 토목부 부장으로서 강원 횡성군 횡성읍 마산 732 진천 생태하천 조성사업 현장관리업무를 수행하던 중, 2011. 11. 25. 18:20경 원주시 소초면 의관리 북원로 5번 국도를 원고 소유의 그랜저 승용차로 주행 중 앞서 진행하던 굴삭기를 발견하지 못하고 그대로 추돌하는 사고로 혈복강, 간·췌장·결장 손상, 뇌진탕, 좌측 대퇴골 원위부 골단 골절 등 부상을 입고, 2012. 3. 28. 피고인 근로복지공단에게 업무상 재해를 주장하며 요양급여 신청을 하였다. 그런데 피고인 근로복지공단은 원고 소유의 차량으로 퇴근 중 발생함으로써 사업주의 지배관리 범위를 벗어난 것이므로 업무상 재해에 해당하지 않는다는 이유를 들어 요양불승인 통보를 하였고, 원고는 이에 불복하여 심사청구를 하였으나 2012. 11. 22. 기각결정을 받았다.

자동차의 급격한 보급, 인구의 도시집중화, 교통수단의 복잡화 등에 의해 근로자의 출퇴근사정이 악화될 뿐만 아니라 도시주택의 공급부족으로 인해 현실적으로 근로자들의 출퇴근거리가 멀어질 수밖에 없다. 이에 따라 근로자가 출퇴근 과정에서 교통사고 등 재해를 당하는 사례가 발생하고 있으며, 출퇴근 행위는 근로자가 업무를 수행하기 위한 불가피한 행위라는 점에서 제도적 보호영역으로 편입할 필요가 있다는 논의가 지속적으로 제기되어 왔다.

산업재해보상보험법(이하 “산재보험법”)은 제37조 제1항 제1호 다목에서 ‘사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출퇴근 중 발생한 사고’에 대해서만 업무상 재해로 인정하고, 이 경우에도 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있는 경우에만 업무상의 재해로 인정하고 있다.

판례 또한 출퇴근 중에 발생한 사고가 업무상 재해인지 여부를 출퇴근 행위가 사용자의 지배관리하에 있는지를 기준으로 판단해 왔다. 대법원은 출퇴근 중에 발행한 재해가 노무제공이라는 업무와 밀접불가분의 관계에 있다고 하더라도 근로자의 출퇴근 과정이 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에만 업무상 재해로 인정하고 있다.<sup>11)</sup> 기존의 입장을 재확인한 대법원 전원합의체 판결<sup>12)</sup>에서도 비록 근로자의 출퇴근이 노무의 제공이라는 업무와 밀접불가분의 관계에 있다 하더라도, 일반적으로 출퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배관리하에 있다고 할 수 없고, 산재보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없고, 따라서 출퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 되기 위하여는 사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 출퇴근 과정이 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 경우라야 한다고 판시한 바 있다. 판례는 ① 출퇴근 도중의 업무수행, ② 출퇴근 전후의 긴급한 사무처리, ③ 업무의 특성이나 근무지의 특수성, ④ 출퇴근 방법의 선택가능성 등을 고려해 출퇴근 중의 사고와 업무 사이에는 직접적이고도 밀접한 내적 관련성이 있는 경우에만 그 사고를 사업주의 지배관리 아래 업무상의 사유로 발생한 재해로 인정하고 있을 뿐이다.

대상판결 또한 종전의 판례와 동일한 판단기준을 가지고 “공사현장관리 등 업무수행을 위해서 자가용의 운행이 불가피하였던 점, 사업주가 원고의 자가용 출퇴근을 잘 알고 있었고, 유류비와 수리비 등 경비를 지원한 점, 통상적인 출퇴근 경로에서 사고가 발생한 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고에게는 자가용을 이용한 출퇴근 외에는 선택의 여지

11) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두4458 판결

12) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결. 동 대법원 전원합의체 판결에서는 무려 복수(5인)의 반대의견이 있었으나, 다수의견은 재정적 여건 등 여러 가지 사정을 감안할 때, 출퇴근 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정하는 경우 산재보험의 재정적 위기를 초래하고 보험료를 인상으로 인한 사업주들의 반발이 예상되는 등 상당한 혼란을 불러일으킬 우려가 있고, 준비되지 아니한 정책을 사회적 대책없이 맞이하는 혼란을 초래하며, 신속한 보장이 필요한 분야에 대한 적절한 보장을 할 수 없게 만드는 문제점이 있으므로 출퇴근 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하는 범위를 점진적으로 확대하여 나가는 것이 바람직하다는 것이었다.

가 없었고, 이러한 출퇴근은 업무와 밀접하게 연관되어 있으므로, 원고가 출퇴근 도중에 발생한 사고로 입은 부상은 업무상 재해에 해당한다”고 이 사건 출퇴근 중에 발생한 사고가 업무상 재해에 해당하는지 여부를 판단하였다. 대상판결이 종전의 판례의 판단기준을 완화하거나 새로운 기준을 제시하지는 못하였지만 최근 늘어나고 있는 출퇴근 중에 발생한 사고의 업무상 재해 인정 사례로서 그 의의는 갖추고 있으며, 이와 같은 사례들이 계속적으로 발생한다면 최근 출퇴근 재해 관련 산재보험법 개정 논의에 촉진요소가 될 수 있지 않을까 한다.

이와 관련해 주목할 만한 헌법재판소(이하 헌재) 결정이 2013. 9. 26에 있었다. 헌재는 사업주의 지배관리하에서 발생한 출퇴근 재해만을 업무상 재해로 인정하도록 규정하고 있는 산재보험법 제37조 제1항 제1호 다목에 대해 헌법에 합치한다고 결정했다.<sup>13)</sup> 이 결정에도 불구하고 출퇴근 재해의 업무상 재해 인정 범위를 확대하는 것과 관련해 앞으로도 입법적 논의가 계속될 것으로 보인다.<sup>14)</sup> 왜냐하면 동 헌재 결정에서도 다수의 재판관(9인 중 5인)이 위헌이라고 판단했고, 19대 국회에서도 관련 법률안이 발의되어 있기 때문이다. 고용노동부 또한 2013년 보험개발원에 ‘출퇴근 재해보상제도에 따른 비용추계 연구’를 의뢰하여 출퇴근 재해 재정소요액을 파악하는 등 출퇴근 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정 범제화에 대비하는 등 이제 더 이상 일반 근로자들에게 출퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하는 것을 미룰 수는 없을 것으로 보인다. **KL**

권오상(노무법인 유앤 노무사, 법학박사)

13) 헌법재판소 2013. 9. 26. 2012헌가16 결정.

14) 한인상(2014), 『출퇴근재해 관련 산업재해보상보험법 개정안의 쟁점과 과제』, 『월간노동법률』 1월호, p.107.