

# 노동판례리뷰

## 전년도의 근무실적에 따라 지급되는 업적연봉은 통상임금에 해당

- 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다69705 판결 -
- 대법원 2015. 11. 27. 선고 2012다10980 판결 -

### 【판결요지】

근로자의 전년도 근무실적에 따라 해당 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우 해당 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로, 해당 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금에 해당하는 것으로 보아야 한다.

(1) 대상판결들은 한국지엠의 업적연봉에 대해 통상임금에 해당한다고 인정한 대법원 판결이다. 2심에서 통상임금으로 인정했던 판결(서울고등법원 2013. 7. 26. 선고 2010나 20053 판결)<sup>1)</sup>과 부정했던 판결(서울고등법원 2011. 12. 23. 선고 2009나6914 판결)이 대법원에 올라갔는데, 통상임금에 관한 전원합의체 판결에서 판단기준을 정하였기에, 대법원에서 그에 따라 통일된 판단을 내렸다.

전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결)은 업적연봉에 대해 다음과 같이 판단기준을 정하였다.

“근로자의 전년도 근무실적에 따라 해당 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우 해당 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로, 해당 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금에 해당하는 것으로 보아야 한다. 그러나 보통 전년도에 지급할 것을 그 지급 시기만 늦춘 것에 불과하다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는

1) 이 판결에 대한 리뷰로 김홍영, 「업적연봉이 통상임금에 해당」, 『노동리뷰』 2013년 11월호, pp.59~62에 있음.

고정성을 인정할 수 없다. 다만 이러한 경우에도 근무실적에 관하여 최하등급을 받더라도 일정액을 최소한도로 보장하여 지급하기로 한 경우에는 그 한도 내에서 고정적인 임금으로 볼 수 있다.”

판례는 고정적인 임금을 통상임금으로 인정한다. “고정적인 임금이란 그 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금을 말하므로, 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정되어 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금은 고정성을 갖춘 것으로 볼 수 있다.”(전원합의체 판결 내용)

따라서 ‘전년도’의 근무실적에 따라 업적연봉이 정해지는 경우 ‘당해 연도’의 임의의 날에 소정근로시간을 근무하면 업적연봉은 당연히 지급되는 임금 내역이 된다. 지급이 2016년이므로 2016년을 적용하여 말하면, 2015년에 근무한 실적을 기초로 연말에 2016년에 지급될 업적연봉을 정하였다면, 2016년에 근무할 시점에서는 2016년 각각의 날의 소정근로의 대가로 당연히 지급되는 임금에 해당된다. 2016년의 근무실적에 따라 임금이 변동되는 것은 2017년에 지급될 업적연봉일 뿐이다. 결국 매년 이미 업적연봉의 액은 고정되어 출발하므로, 업적연봉이 통상임금에 해당한다.

2016년에 지급되는 업적연봉이 2016년의 각각의 날의 소정근로의 대가가 아니라 2015년의 근무실적의 대가라고 변명한다면, 2015년의 근무실적을 왜 2016년에 걸쳐 1년 동안 매월 나누어 지급하는가의 문제가 생긴다. 전원합의체 판결도 “보통 전년도에 지급할 것을 그 지급 시기만 늦춘 것에 불과하다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 고정성을 인정할 수 없다.”고 보는데, 이는 2015년도의 근무실적에 따른 성과급을 2015년도 말이나 2016년도 초에 일괄하여 지급하는 것을 말한다. 결국 2015년도의 근무실적에 따라 2016년도에 지급될 업적연봉이 정해졌다는 것은 2016년도의 소정근로가 얼마인가라는 노동의 가치를 2015년도의 성과에 따라 다르게 정했다는 것을 의미한다. 일단 금액이 확정되면 그에 따라 지급되므로 고정적인 임금이어서 통상임금에 해당한다.

(2) 한국지엠의 업적연봉은 다음과 같은 모습이다. ① 한국지엠은 월 기본급의 700% 및 전년도 인사평가 등급에 따라 결정된 인상분을 합한 금액을 해당 연도의 업적연봉으로 정하여 이를 12개월로 나누어 매월 지급했으며, ② 그 중 월 기본급의 700%는 전년도 인사평가 결과와 관계없이 고정된 금액이며, 나머지 인상분만 전년도 인사평가 등급에 의하여 A 등급 100%, B 등급 75%, C 등급 50%, D 등급 25%, E 등급 0%로 결정되는 것이므로, 결국 해당 연도의 업적연봉 금액은 전년도 인사평가 등급에 상응하여 월 기본급의 700%(E 등급)부터 800%(A 등급)까지 사이에서 정해지고, 것처럼 확정된 업적연봉이 해

당 연도에 매월 분할 지급되는 구조이며, ③ 또한 한국지엠은 신규 입사 근로자에 대하여도 월 기본급의 700%인 업적연봉을 지급하였으며(전년도 인사평가 결과가 없었기 때문으로 보인다), 인사평가 당시를 기준으로 근무기간이 3개월 미만인 근로자는 인사평가 대상에서 제외되어 업적연봉이 인상되지 않으며, ④ 한편 업무 외의 상병으로 인한 휴직자에게는 업적연봉이 지급되지 아니한다.

그러므로 대상판결은 “업적연봉은 비록 전년도 인사평가 결과에 따라 그 인상분이 달라질 수 있기는 하지만, 일단 전년도 인사평가 결과를 바탕으로 한 인상분이 정해질 경우 월 기본급의 700%에 그 인상분을 더한 금액이 해당 연도의 근무실적과는 관계없이 해당 연도 근로의 대가로 액수 변동 없이 지급되는 것으로서, 근로자가 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어, 모두 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다고 할 것이다. 그리고 업무 외의 상병으로 인한 휴직자에게는 업적연봉이 지급되지 아니하나, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 지급 여부에 차등을 둔 것에 불과하므로, 그러한 사정만을 들어 업적연봉의 통상임금성을 부정할 것은 아니다.”라고 판시했다.

(3) 업적연봉은 근로자들의 근무실적이 각기 다를 수 있는 근로자들에게 근무실적을 반영하여 급여를 정하는 성과주의 보수체계의 한 모습이다. 근무실적과 상관없이 임금이 고정적으로 인상되는 급여체계, 예를 들면 호봉제인 연공급과 고정적인 정기상여금을 지급받는 근로자들에게는 업적연봉으로 전환하는 것이 달갑지만은 않게 된다. 근무 강도가 높아짐은 물론 종전보다 급여가 감소할 수도 있기 때문이다. 반대로 그것을 위하여 회사는 업적연봉 같은 성과주의 보수체계를 원한다. 업적연봉의 도입 여부에 노사간의 이견을 조정할 필요가 있게 된다.

대상판결은 사무직 근로자들에게 지급해온 정기상여금을 업적연봉으로 전환하여 지급한 사건이다. 정기상여금이 통상임금에 해당되는지에 대한 다툼도 있어 업적연봉으로 전환하였을 수도 있겠는데, 이제는 전원합의체 판결 이후 대상판결처럼 업적연봉도 통상임금에 해당됨이 분명해졌다. 통상임금을 회피하기 위해 업적연봉 도입이 논의되어서는 안 된다.

사무직 근로자들의 통상임금 문제는 결국 연장근로를 줄이는 방향으로 해결되어야 한다. 흔히 연장근로수당액을 미리 정해놓는 포괄임금제를 사용하고 있는데, 실제의 연장근로에 대해 근로기준법에 따라 계산한 법정연장근로수당액이 더 큰 경우 차액을 추가로 지급하여야 한다. 전원합의체 판결 이후 정기상여금, 업적연봉 등이 통상임금에 해당되게 되므로, 포괄임금으로 정해놓은 종전의 연장근로수당액으로 맞추기 위해서는 종전보다 연장근로를 적게 하도록 근무 규율이 변해야 한다. 또한 연차휴가도 전부 사용되도록 근

무 문화와 여건이 변해야 한다. 점차 사무직 근로자들에게도 장시간 근로 관행이 해소되어 노동법의 정상이 회복될 수 있는 계기가 되기를 기대한다. **KL**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

## 시용 후 본채용 거부 시 해고의 서면통지 요건

- 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결 -

### 【판결요지】

근로기준법 규정의 내용과 취지, 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결 거부의 정당성 요건을 종합하여 보면, 시용근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결을 거부하는 경우에는 해당 근로자로 하여금 그 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다고 봄이 타당하다.

사건의 개요와 경과는 다음과 같다. 근로자는 2013. 12. 30. A회사에 입사하여 1개월의 시용계약기간을 정하여 환경미화원으로 근무하다 2014. 1. 28. A회사로부터 해고예고통보서(시용기간의 만료로 해고한다는 취지)를 받았고, 그날로 이 사건 근로계약이 종료되었다. 이에 근로자는 부당해고구제신청을 하였고, 서울지방노동위원회(2014. 4. 30. 서울 2014부해650)와 중앙노동위원회(2014. 8. 5. 중앙2014부해558)는 본채용 거부는 정당하다고 판정했다. 노동위원회는 해고예고통보서를 교부한 것은 시용근로자인 이 사건 근로자에 대해 본채용을 거절한 것으로 해고에 해당하며, 시용기간 동안 지각·조퇴·무단결근 등이 있었고, 단정하지 못한 복장, 큰 소리의 종교적인 발언 등에 대하여 사용자가 주의를 주었음에도 시정되지 않았고, 근무평가결과와 평가항목 모두에서 하위등급을 받은 사실 등에 비추어 보면, 본채용 거부에는 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적 이유가 존재하므로 부당해고가 아니라고 보았다. 그리고 해고의 서면통지 요건에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 반면 서울행정법원(2015. 1. 22. 선고 2014구합17241 판결), 서울고등법원(2015. 6. 18. 선고 2015누35767 판결)과 대법원은 해고의 서면통지 요건을 갖추지 못한 본채용 거부의 효력을 인정할 수 없다며 중앙노동위원회의 재심판정을 취소하고 근로자의 손을 들어주었다.

해고사유 등의 서면통지를 규정한 근로기준법 제27조는 제1항에서 “사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.”는 해고의 서면형식과

그 기재내용을 규정하고 있고, 제2항에서 “근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다.”고 하여 서면형식 요건을 규정하고 있다. 이러한 해고의 서면통지 요건은 2007. 1. 26. 신설되어 같은 해 7. 1.부터 시행되었다. 그리고 제3항에서 사용자가 해고의 예고(근로기준법 제26조)를 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 제1항에 따른 통지를 한 것으로 본다는 규정이 2014. 3. 24. 신설되었다. 서면통지 요건의 충족에 따라 해고효력 유무가 결정되는 입법구조이다. 따라서 해고의 서면통지 요건을 갖추어야 해고효력이 있고, 그 다음 단계로 근로기준법 제23조 제1항의 정당한 이유를 사용자가 입증해야 한다.

해고의 서면통지 규정 취지에 대해 대법원은 “해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지”라고 밝히고 있다.<sup>2)</sup> 또한 서면통지의 내용은 ‘해고사유와 해고시기’이며, 어느 하나에 흠결이 있어도 해고효력이 없다. 특히 해고사유의 기재와 관련하여 대법원은 “사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.”고 하여, 사용자가 근로자를 징계해고하면서 인사위원회 출석요구 통보서와 인사위원회 심의결과 통보서, 해고통보서에 근로자의 어떠한 행위가 사규 위반에 해당하여 징계사유와 해고사유가 되는지를 전혀 기재하지 않고 취업규칙의 조문만 나열하여 서면통지한 해고는 위법이 있다고 판단하였다.<sup>3)</sup>

대상판결의 쟁점은 시용근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결(본채용)을 거부하는 경우에도 근로기준법 제27조의 규정에 따라 구체적·실질적 거부사유를 서면으로 통지해야 하는지 여부이다. 노동위원회는 이를 판단의 대상으로 삼지 않고, 시용근로관계는 근로기준법 제27조 규정이 적용되지 않아 본채용 거부는 구두로 통지할 수 있으며, 서면통지 시에도 거부사유를 구체적으로 기재할 필요 없다고 판단한 것으로 보인다. 그러나 시용제도는 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하려는 제도로서, 사용자가 시용기간 만료 시 본채용을 거부하는 것은 일반적인 해고보다 넓게 인정될 수 있으나, 그 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당성이 있어야 할 것이다.<sup>4)</sup> 때문에 시용기간이 만료되고 본채용을 거부하는 것

2) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결.

3) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결.

4) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결.

은 해고에 해당하고 이러한 경우에도 근로기준법 제27조 제1항의 서면통지 요건을 충족하여야 한다. 다시 말하면, 사용자가 본채용을 거부하는 경우도 근로자로 하여금 그 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다. 대상판결의 사안에서 사용자가 본채용을 거부하면서 ‘해고예고통보서’라는 명칭으로 서면으로 통보하였으나, 그 사유에 단순히 ‘채용기간(1개월) 만료’라고만 기재하여 구체적이고 실질적인 거부사유를 기재하지 않았기 때문에 서면통지 요건을 결한 것으로 해고무효에 해당한다고 법원은 일관되게 판단한 것이다.

이러한 법리는 대상판결의 사안과 같은 채용기간 만료 후 본채용을 거부하는 경우뿐만 아니라 채용내정의 취소의 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다. 채용내정은 일반적으로 회사가 필요로 하는 노동력을 미리 확보하기 위해 예정자(근로자)에 대해 일정한 기간이 경과한 후 일정한 요건이 충족되면 채용할 것을 약정하는 해제조건부 근로계약이다. 판례는 채용내정의 경우도 해약권을 유보한 근로계약이 성립하는 것으로 보고 이러한 해약권의 행사에 의한 채용내정의 취소는 해고로 본다.<sup>5)</sup> 따라서 이 경우도 마찬가지로 채용내정의 취소는 해고에 해당하므로 서면통지 요건을 갖추어야 한다. 같은 해석으로 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하였으나 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우와 계속 근로할 수 있다는 갱신기대권이 인정되는 경우에는 근로계약의 갱신거부 시 구체적이고 실질적인 사유를 서면으로 통지하여야 한다. 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우 그 기간의 만료에 따라 근로계약은 종료되는 것으로서 원칙적으로 기간제 근로계약에 대한 기간만료 통지는 해고의 의사표시가 아닌 관념의 통지이므로 해고의 서면통지 규정이 적용되지 않는다. 그러나 판례 법리에 따르면 기간의 정함이 형식적이거나 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되고 기간제 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 계약이 갱신될 수 있으리라는 갱신기대권이 인정되는 경우 근로계약의 갱신거부는 해고와 동일하다고 보는 것이다.<sup>6)</sup> **KLI**

노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

5) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결; 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결.

6) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등.

## 조건부 사직의사의 유효성

- 서울고등법원 2015. 10. 7. 선고 2015누39882 판결 -

### 【판결요지】

참가인이 2014.2.5. 이 사건 사직원을 제출한 구체적 경위, 참가인이 이 사건 사직원을 제출할 무렵 원고의 대표자인 C와 나눈 대화의 내용, 이 사건 사직원에 적힌 사직 희망일 등 여러 사정들에다가 참가인은 이 사건 사직원을 제출할 당시 새로운 직장을 구하지 못한 상태였고, 자신의 요청과는 달리 징계가 이루어지는 경우에도 자발적으로 사직할 이유를 찾기 어려운 점을 더하여 볼 때, 참가인은 자신에 대한 징계사유가 기정사실화되는 것을 피하기 위해서 인사위원회의 징계의결을 해제조건으로 하여 원고에게 조건부 사직의 의사표시를 한 것이고, C 역시 이러한 사정을 잘 알고 있었다고 판단된다.

그런데 원고는 이 사건 사직원을 수리하지 않은 상태에서 2014.2.11. 인사위원회를 개최하여 참가인을 ‘정직’에 처한다는 의결을 하였으므로, 참가인이 이 사건 사직원 제출을 통하여 한 사직의 의사표시는 그 해제 조건의 성취로 효력을 상실하였다. 따라서 원고가 그 다음날인 2014.2.12. 참가인에게 ‘2014.3.7.’을 사직일로 정하여 이 사건 사직원을 수리한다고 통보한 것은 참가인의 사직 의사가 이미 철회되었음에도 불구하고 원고의 일방적인 의사에 의하여 참가인과 체결한 근로계약을 종료시키는 행위에 해당한다. 그렇다면 원고의 2014.2.12.자 통보를 해고로 본 이 사건 재심판정은 적법하다.

1. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 원고 법인은 제주특별자치도(이하 ‘제주도’)에 있는 일종의 공익법인으로 제주도 감사위원회의 감사대상기관이다. 제주도 감사위원회는 2013. 9.경 원고에 대한 종합감사를 실시하였고, 2014. 1.경 원고에게 종합감사결과를 통보하면서 피고보조참가인인 근로자에 대해 중징계를 요구한다는 문책요구를 하였다. 원고는 감사위원회로부터 위와 같이 문책요구를 받아 이 사건 문책요구사항을 징계사유로 하여 참가인을 징계하기로 결정하고, 2014. 2. 11. 15:00에 인사위원회에 출석하라는 통지를 하였다. 참가인은 위와 같은 통지를 받은 다음 날인 2014. 2. 5. 원고에게 ‘일신상의 사유로 인하여 2014. 2. 10.부로 사직하고자 한다’는 취지가 담긴 사직원을 제출하였다. 참가인은 사직원을 제출하기 전 원고의 대표자와 면담을 하면서 이 사건 문책요구에 대하여 감사위원회에 재심의 신청을 해달라고 요청하였으나 원고의 대표자는 이러한 요청을 거부하였고, 그러자 참가인은 재심의 신청을 하지 않고 곧바로 참가인의 징계를 위한 인사위원회를 개최하는 것에 억울함을 표시하면서 “인사위원회에서 징계위원회를 먼저 열어버리면 저한테는 기회가 없는 것 아니겠습니까?”, “인사위원회로 가버리면 저한테는

기회가 주어지는 것 아니겠습니까?”라는 말을 하였고, 참가인은 위와 같은 말을 한 직후 원고의 원장에게 이 사건 사직원을 제출하였다. 그러나 원고는 사직원을 수리하지 않은 상태에서 2014. 2. 11. 인사위원회를 개최하였고, 인사위원회는 참가인에 대해서 정직의 징계처분을 내렸다. 원고는 인사위원회 의결이 있는 다음날인 2014. 2. 12. 참가인에게 2014. 3. 7.을 사직일로 하여 이 사건 사직원을 수리한다는 취지의 통보를 하였다. 그리고 그 다음날인 2014. 2. 13. 참가인에게 인사위원회의 의결에 따라 참가인을 정직 3개월의 징계처분에 처한다는 취지의 통보를 하였다.

2. 위와 같은 사실관계에 대해 원고 법인은 이 사건 근로관계는 사직에 의하여 종결되었다고 주장하였고, 참가인은 이 사건 사직서 수리는 근로기준법상 해고에 해당한다고 주장하였다. 법원은 참가인은 자신에 대한 징계사유가 기정사실화되는 것을 피하기 위해서 인사위원회의 징계의결을 해제조건으로 하여 원고에게 조건부 사직의 의사표시를 한 것인데, 원고가 참가인을 징계하였으므로 해제조건이 성취된 것이고, 해제조건이 성취로 참가인이 사직의 의사표시를 철회하였는데 원고 법인이 사직서를 수리해서 참가인을 퇴직시켰으므로 이 사건 사직서 수리는 해고라고 판단하였다.

3. 이 사건의 쟁점으로 가장 먼저 들 수 있는 것은 과연 이 사건 사직의 의사표시에 조건이 붙은 것으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 이 사건에서 법원은 참가인은 자신에 대한 징계사유가 기정사실화되는 것을 피하기 위해서 인사위원회의 징계의결을 해제조건으로 하여 원고에게 조건부 사직의 의사표시를 한 것이라고 인정하였다. 그러나 이 사건 사직서는 처분문서이고, 처분문서에 드러난 사직의 의사표시에는 아무런 조건이 붙어 있지 않다. 조건은 법률행위의 당사자가 그 의사표시에 의하여 그 법률행위와 동시에 그 법률행위의 내용으로서 부가시켜 그 법률행위의 효력을 제한하는 법률행위의 부관이므로 구체적인 사실관계가 어느 법률행위에 붙은 조건의 성취에 해당하는지 여부는 의사표시의 해석에 속하는 경우도 있다고 할 수 있지만, 어느 법률행위에 어떤 조건이 붙어 있는지 아닌지는 사실인정의 문제로서 그 조건의 존재를 주장하는 자가 이를 입증하여야 한다(대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다35766 판결). 법원은 여러 가지 정황 등을 근거로 참가인이 자신에 대한 징계사유가 기정사실화되는 것을 피하기 위해 사직서를 제출하였다고 보았으나, 그러한 점이 설혹 인정된다고 하더라도 이는 의사표시의 동기는 될 수 있을지 몰라도 의사표시의 내용을 이루는 부관이 되었다고 볼 수는 없다고 생각된다. 따라서 이 사건에서 원고와 참가인과의 근로관계는 원고가 의사표시한 대로 2015. 2. 10.에 소멸한 것으로 보는 것이 타당하다고 생각한다(이 사건 사직의 의사표시를 단독행위로 볼 때의 결론이다. 후술한다.). 결론적으로 원고 법인의 정직 처분은 무효이나, 이 사건 근로관계가 소멸하였기 때문에 정직처분에 대해 다룰 실익이 없다면 구제신청을 각하하

는 것이 타당하였다고 판단된다.

4. 한편 조건이 붙었다고 가정하더라도, 그러한 조건이 붙어 있는 의사표시에 의해 발생하는 법률효과를 참가인이 사직의 의사표시를 철회한 것으로 볼 수 있는지는 의문이다. 이 사건 사직의 의사표시가 단독행위로서의 사직인지, 합의해지의 청약인지는 다소 불분명하나, 사건으로는 단독행위로서의 사직의 의사표시로 보인다. 비록 사용자가 사직서 수리를 다소 늦게 하였다는 사정은 보이나, 사실관계에 비추어 본 참가인의 진정한 의사는 원고의 사직서 수리 여부를 기다리지 않고 확정일인 2015. 2. 10.에 사직하는 것이었다고 판단되기 때문이다. 이렇게 보면 참가인의 사직의 의사표시는 조건이 붙은 단독행위가 되는데, 일반적으로 단독행위는 조건에 친하지 아니한 행위로 불린다. 조건을 붙임으로써 행위자의 의사에 편중되게 하고 상대방의 지위를 심히 불안정하게 하기 때문에 조건을 붙이는 것이 허용되지 아니한다. 만약 단독행위에 조건을 허용한다면 도의의 관념에 배치되고, 단순한 단독행위를 하는 것보다도 더욱 큰 경제상의 불이익을 상대방에게 입히는 결과가 되어 이러한 단독행위에 대하여 상대방을 구속하는 효력을 인정하는 법의 목적에 배치된다. 다만 이러한 위험이 없을 때는 단독행위에도 조건을 붙일 수 있는 것으로 해석되는데, 상대방의 동의가 있거나 상대방의 지위를 불안정하게 하지 않을 때가 그것이다. 이 사건에서는 원고 법인이 상대방 사직의 의사표시에 해제조건이 붙어 있다는 것을 아예 인지조차 하지 못하고 있었으므로 이에 대한 동의가 없었음은 물론이다. 또한 노사관계에서 힘의 대등성에 비추어 볼 때 조건부 사직의 의사표시도 사용자의 지위를 불안정하게 하지는 않는다는 주장도 가능할 것으로 보이나, 사직의 쌍무계약의 일방 당사자가 계약을 해지하는 것이므로 그 조건부 의사표시의 상대방이 사용자라고 해서 조건부 의사표시가 사용자의 법적 상태를 불안정하게 하는 것이 아니라고 볼 근거는 없다고 생각한다. 결론적으로 법원과 같이 이 사건 사직의 의사표시를 조건이 붙은 것으로 본다면 사직의 의사표시 자체가 무효가 되는 것으로 판단하였어야 할 것이다.

5. 그런데 법원은 이 사건에서 참가인이 사직의 의사표시를 철회하였다고 하고 있다. 조건의 성취를 통해 자동적으로 의사표시가 실효가 되는 것과 의사표시의 당사자가 적극적인 철회의 의사표시를 하는 것은 결론적으로 의사표시를 없애는 것으로 만든다는 점에서는 동일하지만 그 법률구성은 전혀 다른 것이다. 이러한 점을 볼 때 법원은 전체적인 정황을 보았을 때 원고 법인의 처리방식이 자연스럽지 못하고, 참가인이 열악한 지위에서 불리한 처분을 받았다는 결론을 내리고 그에 따른 논리를 구성하였던 것으로 보이나, 결론은 별론으로 하고 법원의 그러한 법리구성에는 동의하기가 어렵다. **KLI**

김동욱(법무법인 세종 변호사)

## 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고제도에서 제외하는 것은 위헌

- 헌법재판소 2015.12.23. 선고 2014헌바3 -

### 【주 문】

근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제35조 제3호는 헌법에 위반된다.

이 사건 헌법재판소 결정의 심판대상을 명확히 하는 차원에서 우선 이 사건 헌법소원에 이르게 된 사실개요를 살펴보자. 청구인은 ○○○이 운영하는 학원에서 2009. 5. 21.부터 영어강사로 근무하던 중 2009. 7. 6. 예고 없이 해고되었다. 청구인은 ○○○을 상대로 해고예고수당의 지급을 구하는 소송을 제기하였으나 패소하였고, 항소한 뒤 위헌법률심판제청을 신청하였으나 항소 및 신청이 모두 기각되었다. 이에 청구인은 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 그렇다. 사실관계에서 알 수 있듯 이 사건 헌법소원심판의 대상은 “월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”를 해고예고제도의 적용대상에서 제외하고 있는 근로기준법 제35조 제3호이다.

현행 근로기준법은 제26조에서 해고예고제도를 규정하면서, 해고예고의 적용이 제외되는 경우로서, 특별한 사유에 의해 해고예고가 필요치 않은 경우(근로기준법 제26조 단서 및 동법 시행규칙 제4조) 및 특수한 근로자로서 해고예고의 적용이 제외되는 경우(근로기준법 제35조)를 규정하고 있다. 그리고 후자와 관련하여 현행 근로기준법 제35조는 해고예고가 적용되지 않는 경우로 1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자, 2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 3. 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자, 4. 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 5. 수습 사용 중인 근로자를 열거하고 있다.

해고예고규정은 1961년 12월 4일 근로기준법 개정을 통해 도입되었으며, 당시 근로기준법 제27조의2에 규정되어 있던 해고예고제도가 현행 근로기준법까지 골격의 큰 변화 없이 그대로 유지되고 있다. 다만 해고예고의 예외사유 중 하나인 “근로자의 귀책사유”에

7) 근로기준법 제26조(해고의 예고) 사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 천재사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

대해 “노동부장관의 승인”을 받도록 하던 것을 1999년 2월 8일 근로기준법 개정에서 “근로기준법에 규정된 각종 규제를 폐지 또는 완화하고, 기타 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완”하는 차원에서 노동부장관의 승인 제도를 폐지하고 노동부령이 정하는 사유에 해당하면 해고예고나 해고예고수당의 지급 없이 즉시해고 할 수 있는 것으로 변경되었다. 한편, 현행 근로기준법 제35조에서 정하고 있는 해고예고의 적용제외규정도 해고예고와 마찬가지로 1961년 12월 4일 근로기준법에 의해 신설된 규정으로, 근로기준법에 해고예고에 관한 규정이 도입되자 1953년 제정 근로기준법에 현재의 퇴직금제도의 전신으로 규정되어 있던 ‘해고자에 대한 지급규정’의 적용을 제외할 목적으로 도입된 ‘해고자에 대한 지급의 예외’규정에 근거하여 이를 해고예고의 적용제외규정으로 전환하여 명시하였고, 해고예고의 적용제외규정도 표현이나 법조문의 번호가 바뀌는 정도의 변화가 있었을 뿐 지금까지 그대로 유지되고 있다.

“월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”를 해고예고제도의 적용제외사유로 규정하고 있는 현행 근로기준법 제35조 제3호에 대한 헌법재판이 이번이 처음은 아니다. 헌법재판소는 2001. 7. 19. 선고 99헌마663결정에서 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고제도의 적용에서 제외하는 것이 평등원칙에 반하지 않는다고 결정한 바 있었지만,<sup>8)</sup> 이번 헌법소원심판에서는 종전의 결정을 변경하여 재판관 전원일치의 의견으로 현행 근로기준법 제35조 제3호는 근로의 권리를 침해하고 평등원칙에 위반하여 위헌이라 결정하였다.

이번 위헌결정이 있기 전부터, 학설에서는 일정 근로자를 해고예고의 적용에서 제외하고 있는 현행 근로기준법 제35조에 대해 다음과 같은 문제점을 지적하여 왔다.<sup>9)</sup> 1호, 2호, 4호, 5호의 적용제외사유의 경우 단기의 근로계약으로 취업하는 자를 해고예외의 적용제외대상으로 하고 있음에 반해 제3호의 경우에는 보수가 지급되는 형태를 기준으로 해고예고의 적용제외대상으로 하고 있어 적용제외의 대상이 되는 사유 간에 일관성 및 체계성을 결여하고 있고, 일급이나 주급제 근로자에 대하여는 적용제외규정을 두지 않으면서, 월급제근로자에 대하여만 특별히 예외규정을 두는 것은 형평에 맞지 않으며, 적용제외기간에 있어서도 근로기준법 제35조의 각호의 적용제외사유 간에 균형이 맞지 않는다는 것이다.

이와 같은 문제점은 비교법적으로 현행 근로기준법상의 해고예고의 적용제외와 유사한 규정을 두고 있는 일본 노동기준법의 규정을 살펴보다더라도 드러난다. 일본 노동기준

8) 2001. 7. 19. 선고 99헌마663결정에서는 근로관계의 계속성에 대한 기대감, 해고예고제도의 취지, 다른 형태로 보수를 지급받는 근로자들과의 차별성, 다른 각호와의 적용제외기간 등을 이유로 평등원칙에 반한다는 소수의견(재판관 권성, 재판관 김효종)이 있었다.

9) 노동법실무연구회(2010), 『근로기준법주해 II』, 박영사, p.272; 김다영(2014), 「해고예고제도의 법적쟁점」, 『노동법포럼』 제13호, 노동법이론실무학회, p.207; 하갑래(2014), 『근로기준법』, 중앙경제사, p.780.

법은 제20조에서 사용자는 근로자를 해고하려고 하는 경우에는 적어도 30일 전에 그 예고를 해야 한다. 30일 전에 예고를 하지 않는 사용자는 30일분 이상의 평균임금을 지불해야 하고, 이 예고일수는 1일에 대해 평균임금을 지불한 경우에는, 그 일수를 단축할 수 있다고 규정하는 한편, 제21조에서는 노동기준법 제20조의 해고예고가 적용되지 않는 근로자의 범위에 대해 규정하고 있다.<sup>10)</sup>

이에 따르면, 첫째, 일일고용된 자에 대하여는 해고예고가 적용되지 않고, 다만 1개월을 초과하여 계속해서 사용되는 경우에는 해고예고가 적용된다.<sup>11)</sup> 둘째, 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자도 해고예고제도가 적용되지 않고, 다만 소정 기간을 초과하여 계속 사용되기에 이른 경우에는 해고예고가 적용된다.<sup>12)</sup> 셋째, 계절적 업무로 4개월 이내의

10) 일본 노동기준법 제21조(해고예고의 적용제외)

전 조의 규정은, 다음 각호에 해당하는 노동자에 대하여는 적용되지 아니한다. 다만, 제1호에 해당하는 자가 1개월을 초과하여 계속 사용되기에 이른 경우, 제2호 또는 제3호에 해당하는 자가 소정 기간을 초과하여 계속 사용되기에 이른 경우, 또는 제4호에 해당하는 자가 14일을 초과하여 계속 사용되기에 이른 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 일일 고용된 자,
2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자,
3. 계절적 업무로 4개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자,
4. 시용기간 중에 있는 자.

11) 일일고용된 자의 경우 계약이 1일단위로 체결되기 때문에 애당초 ‘해고’가 있을 수 없고, 따라서 단서에서 정한 해고예고가 적용되는 경우에 중점이 있게 되고, 일일고용된 근로자가 1개월을 초과하여 계속 사용되기에 이른 경우에는 노동기준법 제20조에서 정한 해고예고가 적용된다. 이에 따라 1개월을 초과한 일일고용의 경우, 일일 고용계약을 하지 않는다는 사용자의 의사표시는 ‘해고’로 보게 된다. ‘1개월’이란, 근로일 뿐만 아니라 휴일도 포함된 1개월을 의미하고, 또한 “계속해서 사용”되었는지 여부는 동일 사업장에서 업무에 종사하였는가에 의해 결정되고, 휴일 이외에 업무에 종사하지 않은 일이 많고 적은지에 따른 차이는 없다.

12) 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자란 2주간, 1개월 등의 단기계약이 체결된 경우를 의미한다. 제2호와 관련해서는 해고예고가 적용되는 “소정의 기간을 초과하여 사용되기에 이른 경우”를 어떻게 이해해야 할 것인지가 해석상의 쟁점이 되고 있다. 학설에서는 “소정기간”을 “2개월”의 의미로 해석하는 견해가 유력한 반면, 행정해석은 해당 계약기간(2주간의 계약이면 2주간)을 뜻하는 것으로 이해하고 있다. 이에 따라 학설에서는, 단서는 2개월 이내의 기간을 정한 근로계약이 1회 또는 여러 차례 갱신되어 고용기간의 합계가 2개월을 초과한 경우에는, 2개월을 초과한 시점에 계약기간이 2개월 이내이더라도, 기간만료 전에 해고하는 경우에는 해고예고가 적용되고, 따라서 예컨대 25일간의 계약이 1회 갱신되었을 경우에는 계약기간 중에 해고를 하는 경우에는 해고예고가 필요 없지만, 2회 갱신되어 10일 정도 경과한 시점에는 계약기간의 합계가 2개월을 초과하였기 때문에 그 이후에 계약기간 중에 해고를 하는 경우에는 해고예고가 필요하다고 해석하고 있다. 한편, 그 단서가 적용되는 경우에 계약기간의 만료 시에 해고예고가 필요한지 여부에 대하여는 학설의 견해가 나뉘어 있다. 학설에서는, 단기계약의 갱신에 의해 해고예고의무를 회피하는 것을 방지한다는 의도에서, 소정의 기간을 초과한 경우에는 계약기간 만료 시에도 해고예고가 필요하다는 견해가 있는 한편, 3개월의 근로계약이면 몇 번 갱신되더라도 원칙적으로 기간만료 시에 예고가 불필요한 반면 2개월의 근로계약은 1회라도 갱신이 되면 만료 시에 예고가 필요하다고 해석하는 것은 균형에 맞

기간을 정하여 사용된 자에 대하여는 해고예고가 적용되지 않지만, 소정 기간을 초과하여 계속 사용되기에 이른 경우에는 해고예고가 적용된다. 여름철 해수욕장의 업무, 농업에 있어서 수확기의 업무, 겨울철 제설작업, 어업에 있어 어류의 종류별 어획기의 업무 등이 계절적 업무에 해당한다. 넷째, 시용기간 중에 있는 자에게는 해고예고가 적용되지 않지만, 14일을 초과하여 계속 사용되는 경우에는 해고예고가 적용된다. 해고예고가 없어도 되는 것은 시용기간의 최초 14일이고 - 시용기간의 장단과 관계없이 - 이후에는 해고예고가 필요하다.<sup>13)</sup>

이무튼 이번 위헌결정으로 현행 근로기준법 제35조에 대한 개정은 불가피해졌다. 이와 관련해서는 현행 제도의 문제점 및 외국의 사례를 볼 때 다음과 같은 두 가지의 방안이 고려될 수 있다고 생각된다.<sup>14)</sup> 첫 번째는 ① 해고예고의 적용제외대상을 단기 근로계약 또는 임시적 업무의 경우로 통일하여 체계화하고, 보수의 지급형태를 이유로 한 해고예고의 적용배제는 삭제한다. 즉 현행 근로기준법 제35조 제3호의 “월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”를 해고예고의 적용제외에서 삭제한다. ② 단기 근로계약 및 임시적 업무에 대하여는 원칙적으로 해고예고가 적용되지 않는 것으로 하되, 계속하여 근무한 기간이 일정 기간을 상회하는 경우에는 해고예고가 적용 배제되지 않는 것으로 한다. ③ 해고예고의 적용제외에 대한 예외로서 해고예고가 적용되는지 여부를 판단할 기준이 될 “계속하여 사용된 기간”을 사유별로 구분하지 않고 통일화하는 방안이다. 두 번째는 해고예고에 대한 적용제외를 규정하고 있는 근로기준법 제26조 단서 및 동법 시행규칙 제4조와 근로기준법 제35조는 해고예고에 대한 적용제외를 규정하고 있다는 점에서 공통점을 가지고 있으므로, 이 두 규정을 하나의 규정으로 통합하여 규정하는 것이다. 즉 해고예고의 적용제외를 규정한 현행 근로기준법 제35조를 삭제하고, 해고예고를 규정한 근로기준법 제26조에서 해고예고의 적용제외에 대해 규정하는 것이다. 이 경우 해고예고의 적용제외대상은 “계속 사용된 기간”을 기준으로 해고예고의 적용제외로 규정하고, 해고예고의 적용여부의 기준이 될 “계속하여 사용된 기간”은 3개월을 기준으로 단일화하는 방안이 고려될 수 있을 것이다. **KL1**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

지 않는다는 견해가 있다. 이에 대해 東京大学労働研究會(2003), 『注釈労働基準法』, p.365 참조.

13) 시용기간만료 시 본채용거부의 경우에도, 그 시용근로관계가 해고권유보부 근로계약으로 해석되는 경우에는, 예고 또는 예고수당의 지급이 요구된다. 기간의 정함이 있는 근로계약이 실질적으로 시용기간으로 활용되는 경우에도, 그 기간의 정함이 형식적이고, 기간만료에 당연히 고용이 종료한다는 취지의 명확한 합의가 없으면, 본채용거부(계약기간만료)는 해고예고제도의 대상이 되는 것으로 해석된다(東京大学労働研究會(2003), 『注釈労働基準法』, p.366).

14) 이하의 내용은 필자가 공동연구진으로 참여했던 박지순 외(2014), 『해고제도의 합리적 개선방안 마련을 위한 연구』, 고용노동부연구용역에서 밝혀두었던 것을 옮긴 것이다.