

노동판례리뷰

기간제근로자의 갱신기대권과 전환기대권

- 대법원 2016.11.10. 선고 2014두45765 판결 -

【판결요지】

「가. 기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주 되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다. 나아가 위 규정 들에 의하여 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다.」

「나. 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 계약기간이 만료될 무렵 인사평 가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합 하여 볼 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있 으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간 의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마 찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일 하다고 보아야 한다.」

대상판결은 2016년 최고의 판결 중 하나로 꼽힐 만하다. 대상판결에는 기간제근로자의 고용 안정과 관련한 두 가지 권리가, 즉 갱신에 대한 기대권(갱신기대권)과 전환에 대한 기대권(전환

기대권)이 등장한다. 두 개의 기대권이 중요한 이유는 기간제 계약에서 기간 만료의 원칙적 효과 때문이다. 우리 판례가 일관되게 인정하듯이, “기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다.” 이 원칙의 예외로서 판례가 그동안 인정한 것이, 즉 기간 만료에도 불구하고 근로계약이 종료하지 않는 때가 ①기간의 정함이 형식에 불과한 경우와 ②갱신기대권이 인정되는 경우였다. 이번 판결은 여기에 전환기대권이 인정되는 경우를 새로이 추가하였다. 갱신기대권과 전환기대권은 ‘기간의 정함이 형식에 불과한 경우’와 달리 당사자 사이에 실질적으로 기간을 정한 경우에 적용된다.

먼저 (1) 갱신기대권은, 대법원 판결에서는 2011년 처음 사용되었는데, 기간제 근로계약이 다시 같은 조건으로 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 말한다. 갱신기대권이 인정되면 사용자가 이를 위반하여 기간제근로자에게 합리적 이유 없이 기간만료를 이유로 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없게 되며, 그 이후의 근로관계는 원칙적으로 종전과 동일하다고 한다. 다음으로 (2) 갱신전환권은, 대법원 판결로는 대상판결이 처음 사용한 용어인데, 기간제근로자에서 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권을 말한다. 갱신전환권이 인정되면, 이 역시 대법원 판결로는 대상판결이 처음으로 확인하였는데, 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없게 되며, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 한다.

대상판결은 먼저 기간제근로자와 관련한 가장 중요한 논쟁에 답을 하고 있다. 기간제법(「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」을 말한다. 이하 같다) 시행 이후, 학계에서는 새로이 시행된 기간제법이 적용되는 기간제 근로관계에 대해서도 갱신기대권 법리가 여전히 적용될 수 있는가를 둘러싸고 크게 견해가 갈렸다. 하급심 판결들에서도 찬반이 나뉘었다. 대상판결은, 위의 「가.」 부분에서 서술한 것처럼, “기간제법 시행 이후에도 갱신기대권 법리는 계속하여 적용된다”고 보았다. 사실 갱신기대권은 오래전(2011년)부터 인정되어 왔다. 대상판결에도 인용된 바와 같이, 다음과 같은 내용이다. “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 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 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 보아야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등 참조).” 그러므로 대상판결의 새로운

부분은 이 법리가 현행 기간제법하에서도 계속 적용된다고 밝힌 부분이다. 즉 대상판결은 2006. 12. 21 제정되어 2007. 7. 1부터 시행된 현행 기간제법에 대해, 기간제근로자의 사용 기간이 2년을 초과할 수 없으며 만약 초과하면 기간의 정함이 없는 근로자로 간주된다는 규정들의 “입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결 참조). 나아가 위 규정들에 의하여 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다”라고 하였다.

두 번째 논쟁은 기간제근로자에게 갱신기대권을 넘어 전환기대권을 인정할 수 있는지, 만약 인정할 수 있다면 그 요건과 위반의 효과는 무엇인지, 그리고 그 이후의 근로관계는 어떻게 되는지 등에 관한 것이었다. 이 논쟁은 첫 번째 논쟁만큼 격렬하지도 또 명확하지도 않았다. 대상판결은, 위의 「나.」 부분에서 밝힌 것처럼, 전환기대권을 인정하면서 그 요건과 효과 및 근로관계에 대해 분명한 입장을 밝혔다. “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 계약기간이 만료될 무렵 인사평가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 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 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 보아야 한다.” 대상판결은 전환기대권을 인정하여야 하는 이유로 위에서 본 기간제법의 입법취지, 기간제근로자의 기대권에 관한 판례법리, 그리고 기간제법상 정규직(기간의 정함이 없는 근로자)으로의 전환을 촉진하고 정규직과의 차별을 시정하려는 여러 규정들을 들었다.¹⁾

이 사건은 일반 기업이 아니라 좋은 일 하자고 만든 법인에서 발생했기 때문에 세간의 주목

1) 예를 들어 기간제법은 제5조에서 “사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우에는 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다”고 규정하고, 제8조 제1항에서 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고, 제9조 제1항에서 “기간제근로자 또는 단시간근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회법 제1조의 규정에 따른 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다”고 규정하고 있다.

을 받았다. 상고인인 원고는 실업자의 사회적 일자리 지원 사업 등을 운영하는 재단법인이고, 피고보조참가인인 해당 근로자는 원고 법인에서 사회적기업 설립지원팀장 등으로 근무하다가 기간 만료로 근로관계의 종료를 통보받은 사람이다. 어쨌든 이 판결은 최근 몇 년간의 기간제 근로자와 관련한 논쟁에 종지부를 찍는 동시에 기간제법의 입법취지를 살려 정규직으로의 전환기대권을 새로이 인정했다는 점에서 학술적으로나 실무적으로나 매우 의미가 큰 판결이다.

KLI

강성태(한양대 법학전문대학원 교수)

전화권유판매원의 근로자성

- 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결 -

【판결요지】

원심은, 피고와 섭외영업위촉계약을 체결하고 피고로부터 고객 데이터베이스를 받아 피고의 고객에게 전화로 카드론에 관하여 홍보하고 그 신청을 권유하는 업무를 수행한 원고(선정당사자)들 및 선정자들(이하 ‘원고들’이라 한다)이 실질적으로 피고의 지휘·감독을 받은 근로자라고 주장하면서 퇴직금을 구하는 이 사건에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 원고들은 근로자가 아니라고 판단하여 원고들의 청구를 기각하였다.

[그러나] 위와 같은 실적이나 업무수행 불량 또는 업무운용수칙 등 위반 시 부과된 제재 또는 불이익, 업무의 성격과 내용, 근무장소가 정해져 있고 근무시간을 지키지 않을 경우 연게 되는 실질적 불이익 등 여러 사정을 종합하면, 원고들이 피고회사에 근로에 대한 대가를 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 여지가 충분하다.

그런데도 원고들이 근로자가 아니라고 판단한 원심판결에는, 상고이유 주장과 같이 근로기준법상의 근로자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

판례에 따르면, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다. 여기에서 종속적인 관계인지 여부를 판단하는 주요 조건은) ① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, ③ 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ④ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑤ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도 등이다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결 등). 그리고 “근로제공자가 [...] 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공”하는 것이 가장 명확하게 드러나는 순간은 그 근로제공자가 타인의 지휘·명

- 1) 한편 법원은, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로제공자의 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다고 보고 있다. 이 점에서 이를 부수적 조건이라 볼 수 있다.

령에 종속되는 상황이라는 점을 고려할 때, 위 ①과 ②의 조건이 근로자성 판단에서 중요한 위치를 차지한다고 말할 수 있다.

일반적으로, 위 ①과 ②의 조건은 기업 내에서 위계적 또는 관료적 통제의 모습으로 나타난다고 알려져 있다. 여기에서 근로자성 판단과 관련하여 어려운 문제가 발생한다. 과거 근로계약서, 취업규칙 또는 단체협약 등에서 명문으로 표시되던 그러한 종속성 징표들이 일부 기업에서 변용하고 있기 때문이다. 이런 현상은 1990년대 이후 출현하거나 그 규모가 확대된 서비스 산업 분야 등에서 뚜렷하다. 이 과정에서 위계·관료적 통제 규범은 ‘교육자료’나 ‘가이드라인’이라는 좀 더 부드러운 모습으로 전환되고, 업무 효율과 성과 관리는 위계나 징계 절차가 아닌 계약해지, 기간제 근로계약의 갱신 거절 또는 정교한 성과 관리 시스템 등을 통해 이루어진다. 그로 인해 종전 판례 법리가 고려하던 징표만을 살펴서는, 노동법적 보호가 필요한 근로제공자를 근로자로 포섭하는 데 어려움을 겪곤 한다.

그런데 위계·관료적 통제가 보이지 않는다고 해서 그것이 곧바로 노동법이 적용될 만한 종속성이 존재하지 않는다는 결론에 이르지 않는다는 점을 주의해야 한다. 구체적인 작업을 담은 계약, 세밀한 성과 평가 또는 ICT 기술의 응용과 생산관리 기법 등을 통해 관료적 통제, 즉 근로계약 관계의 지휘·명령이 존재하는 것과 비슷한 효과를 얻는 것이 가능하다면, 기업은 당연히 과거의 수단을 버릴 수 있기 때문이다. 따라서 지휘·명령 관계의 존부에 대한 형식적 심사나 계약서나 기업 규정의 문언에 의존하여 근로자성을 판단할 경우, 사용자의 의사에 따라 근로제공자의 노동법적 보호 여부를 결정하는 결과가 초래될 수 있다. 법원 역시 이러한 문제의식에 기초하여 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결을 통해 근로기준법상 근로자에 관한 법리를 수정하고, 실질적 판단의 중요성을 강조하였다.²⁾

아래에서 보는 바와 같이, 전화권유판매원들이³⁾ 퇴직금을 청구한 이 사건에서 대법원은 위 판례 법리에 따라 그들의 근로자성을 부인한 원심 판결을 파기하고 근로기준법상 근로자성을 인정했다.⁴⁾

(1) 원심은, 피고 회사가 원고들에게 업무수행 중 준수할 사항이 기재된 ‘카드 텔레마케팅전

2) 이 문단은 Collins, Hugh(1990), "Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws," *Oxford Journal of Legal Studies* 10(3), p.357, 364, 368; 도재형(2016), "기업과 규범의 이 긴 다툼의 결말은 - 채권추심원의 근로자성", 월간 「노동리뷰」, 2016년 6월호, 한국노동연구원, p.88을 인용하였다.

3) 「방문판매 등에 관한 법률」 제2조 제3호와 제4호에 따르면, "전화권유판매원"이란 전화권유판매업자(전화권유판매를 업으로 하기 위하여 전화권유판매조직을 개설하거나 관리·운영하는 자)를 대신하여 전화권유판매업무를 수행하는 자를 말하고(일반적으로 '텔레마케터'라고 불린다), 여기에서 "전화권유판매"란 전화를 이용하여 소비자에게 권유를 하거나 전화회신을 유도하는 방법으로 재화 등을 판매하는 것을 말한다.

4) 「근로자퇴직급여 보장법」 제2조 제1호에 따르면, 퇴직금 등을 정한 이 법률의 적용 대상인 "근로자"란 근로기준법 제2조 제1항 제1호에 따른 근로자를 뜻하므로, 법정 퇴직금 청구의 가부를 따지기 위해서는 먼저 원고들이 근로기준법상 근로자인지가 판단되어야 한다.

화권유판매원 업무운용수칙'과 스크립트 등 가이드라인을 배부한 사실을 인정하면서도, 이는 법령 및 관련 규정 위반을 사전에 방지하기 위한 업무지침이나 안내자료일 뿐이라고 판단했다. 그러나 대법원은 그 업무운용수칙에 위반 시 제재조치에 관한 내용이 있고, 스크립트 등 가이드라인에는 관련 법령에 관한 내용뿐만 아니라 고객 유형별 통화에 적용되는 대사가 상세히 규정되어 있다고 설명한 후 “업무운용수칙과 스크립트 등은 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있다. 또한 섭외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있다”라고 지적했다.

(2) 원심은, 원고들이 규정 위반 행위를 한 경우 피고로부터 통보를 받고 통보 횟수에 따라 급여가 차감된 사실, 원고들의 통화량과 통화 시간이 전산 프로그램에 자동으로 저장되는 사실, 민원 등이 제기되었을 때 피고가 통화 녹음 내용을 확인하여 위반 사항을 원고들에게 통보한 사실을 인정하면서도, 피고가 수시로 모니터링하지는 않았고 전체 통화 횟수에 비해 위반 횟수나 수수료 차감 액수가 적은 편이어서, 피고 회사가 원고들의 업무수행 과정이나 결과를 관리하거나 제재를 가하는 등으로 관리·감독하였다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그러나 대법원은, 그 위반 횟수나 수수료 차감 비율이 적다고 하여 제재를 가하지 않았다고 볼 수 없고, 피고 회사가 민원 발생뿐만 아니라 실적 조작, 불충분하거나 잘못된 설명 등 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 ‘통보서 유형별 등급표’를 마련하고, 위 등급표에 따라 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브의 차감 또는 미지급, 실적 수당의 차감, 계약해지 등 제재 수단을 적용하였으며 필요한 경우에는 통화 녹음 내용을 모니터링하였으므로, 피고 회사가 원고들의 업무수행 과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하고 그에 대한 제재 수단도 있다고 봐야 한다고 판단했다.

(3) 원심은, 원고들과 같은 전화권유판매원의 전산 로그 기록이 09:30경부터 18:30경 사이에 몰려 있고, 원고들은 피고가 마련한 사무실에 정규직 직원과 함께 근무하면서 자리가 지정되어 있던 사실, 피고 회사의 정규직 직원인 매니저들이 각종 프로모션을 진행한 사실, 매니저들이 원고들에게 30분에서 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배한 사실을 인정하면서도, 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않아 특정 시간에 출퇴근할 의무가 없었다고 판단하였다. 그러나 대법원은 지각 또는 결근으로 인한 징계 규정이 없더라도, 정규직 매니저들이 원고들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고 실제로 통화 횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 프로모션을 진행하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리하였고, 실적에 따라 수수료를 받는 원고들로서는 지각·조퇴·무단이탈·결근 등으로 고객 데이터베이스를 분배받지 못할 경우 실적 저하로 이어져 실질적으로 불이익을 받는 결과가 된다고 지적했다.

그 밖에 대법원은, 피고가 원고들에게 사무실, 컴퓨터, 전화기 등 업무수행에 필요한 물품을 제공하고, 원고들이 피고의 지시에 따라 계약상 업무 외의 업무를 수행한 점 등을 종합할 때, 원고들을 근로기준법상 근로자로 볼 여지가 충분하다고 판시했다.

그런데 이 정도의 근무 실태라면 전화권유판매원의 근로자성이 분명해 보이는데도 불구하고, 기업은 근로자가 아니라고 계속 우기고 하급심이 이를 받아들여 그들의 근로자성을 부인함으로써 대법원의 판단까지 받게 되는 이런 상황은, 서비스 업종의 특수형태근로종사자와 관련하여 반복해서 일어나고 있다(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결 참조).

이렇게 근로자성에 관한 판례 법리가 일정 정도 정립되었음에도 이러한 일이 반복되는 원인으로서는 다음 두 가지를 떠올릴 수 있다. 첫째, 비근로자화 정책을 시행하다 설령 재판이나 근로감독에 의해 좌절되더라도, 처음부터 근로자로 사용하는 것 이상의 제재나 부담을 지지 않는 “밀저봐야 본전”인 법률적 조건에서, 일부 업종의 기업으로서는 구태여 자신에게 필요한 용역을 근로계약의 형태로 구매할 유인이 없다. 둘째, 술한 판결과 학자들의 지적에도 불구하고, 여전히 계약서의 문언만을 신뢰하고 근로 제공의 실질에는 무관심한 민사 법관들의 협소한 시각 탓이다. 결국, 이렇게 노동법의 규범력을 침식하는 소모적 악순환을 중단시키기 위해서는 기업의 그릇된 인식을 교정하고, 법관의 전문성을 키울 수 있는 새로운 개선책을 마련하는 게 필요하다 할 것이다. **111**

도재형(이화여대 법학전문대학원 교수)

채용조건인 논문의 표절과 해고의 정당성

- 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다5170 판결 -

【판결요지】

(1) 해당 분야의 일반지식이 아닌 타인의 저작물 또는 독창적 아이디어를 적절한 출처표시 없이 자기 것처럼 부당하게 사용하는 행위는 연구부정행위로서 전형적인 표절에 해당한다. 저자의 저술에 적절한 인용표기 없이 타인의 저술이 인용된 부분이 있는 경우이더라도 언제나 타인의 저술을 빼껴 저자 자신의 것처럼 하려는 인식 내지 의사가 있었다고는 볼 수 없지만, 저자가 저술의 본문에 출처표시 없이 타인의 저술을 인용하여 저자의 저술과 타인의 저술을 구별하기 어려운 부분이 상당한 정도에 이르는 경우에는 설령 서문이나 참고문헌 등 본문 이외의 부분에 포괄적·개괄적으로 피인용물을 표시하였다더라도 특별한 사정이 없는 한 타인의 저술을 빼껴 저자 자신의 것처럼 하려는 인식과 의사가 추단된다고 보아야 하고, 종전의 관행에 따랐다는 사정만으로 그 책임을 면할 수 없다.

(2) 저자가 자신의 선행 저술을 이용하여 새로운 저술을 하면서 선행 저술의 존재를 출처로 표시할 때는 타인의 저술을 인용하는 경우에 비하여 요구되는 출처표시의 수준이 완화된다고 볼 수 있겠으나, (i) 자신의 선행 저술의 존재를 아예 밝히지 아니하는 경우, (ii) 선행 저술의 존재를 일정한 출처표시를 통하여 밝혔더라도 후행 저술에 새롭게 가미된 부분이 독창성이 없거나 새로운 것으로 인정받기 어려워 해당 학문 분야에의 기여도가 없는 경우는 모두 이른바 ‘자기표절’로서 비전형적 표절 내지 표절에 준하는 연구부정행위로 평가할 수 있다.

(3) 근로자의 채용조건으로 일정 수준 이상의 학위 소지자일 것을 요구하여 근로자가 이와 관련하여 학위 논문을 제출한 경우 그 학위 논문에 표절 등 연구부정행위의 하자가 있음을 이유로 해고하는 때에도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다. 이때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 (i) 학위 논문 전체를 기준으로 한 연구부정행위의 정도, (ii) 사용자가 사전에 학위논문의 그와 같은 하자를 알았다더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, (iii) 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, (iv) 학위 논문의 하자로 인하여 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지, (v) 학위 논문의 하자가 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호 간 신뢰관계의 유지나 안정적인 기업 경영과 질서유지에 미치는 영향, (vi) 그 밖에 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

언론지상을 통해 논문 등 학술저작물의 표절, 중복게재와 관련된 의혹을 심심찮게 접할 수 있는 시대이다. 의혹이 제기된 학술저작물에 대한 표절여부에 대한 판단은 일차적으로 해당

학문 분야에서 이루어지게 되지만, 표절된 논문을 기초로 하여 새로운 법률관계가 형성되고 해당 법률관계에 관한 다툼이 발생한 경우 중국적으로는 법원이 표절여부에 대한 판단을 할 수밖에 없는데, 이 경우 법원이 무엇을 기준으로 표절여부를 판단하여야 하는지 문제된다.

위 판결요지는 박사학위논문을 제출하여 연구원에 임용된 자를 학위논문 표절을 이유로 해고한 사건에 대한 대법원의 판단으로, 사건의 경위는 다음과 같다.

정부출연 연구기관의 부설기관인 피고가 2010. 2. 1. 건축, 도시설계, 주거환경계획 분야의 박사학위 소지자를 부연구위원으로 채용한다는 내용의 채용공고를 하면서 제출서류로 박사학위 논문(이하 “이 사건 논문”)을 명시하였다. 이에 원고는 2009. 6.경 A대학교 박사학위 논문을 제출하여 2010. 3. 8. 피고에 임용되었다. 임용계약서는 ‘임용계약 후 임용계약 당시 피임용자가 제출한 제반 서류에 하자가 발견되거나 내용이 변경된 때’를 임용계약의 해지사유로 규정하고 있었다. 원고는 ① 이 사건 논문 앞부분의 ‘연구의 방법’ 부분과 뒷부분의 ‘참고문헌’ 부분에 자신이 인용한 B)의 저서 및 일본 저자들의 저서와 논문을 기재하기는 하였으나, 본문에서는 이들을 출처표시 없이 인용하였고, ② 이 사건 논문 본문에는 자신의 석사학위 논문을 170여 곳에서 인용하였으나 이 사건 논문 어디에도 이 석사학위 논문의 존재를 표시하지 않았다. 한편, 원고는 이후 표절 의혹을 은폐하기 위하여 논문을 교체하는 과정에서 종전의 인준지를 다시 사용하였다. 이에 피고는 이러한 사정을 들어 2013. 4.경 원고에게 임용계약 해지를 통보하였다.

임용계약의 해지통보는 근로계약의 해고에 해당하는데, 해고 시에는 근로기준법 제23조 제1항에 따라 정당성이 있어야 한다. 이 사건에서 문제된 해고사유는 ‘임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때’이다.²⁾ 대법원은 이 사건에서 표절과 관련하여 타인의 저작물 내지 독창적 아이디어를 인용하는 경우와 자신의 선행연구를 인용하는 경우를 구분하고 위 판결요지(1), (2)와 같이 연구부정행위라 평가할 수 있는 표절여부의 판단기준을 각각 제시한 다음, 피고의 논문에 연구부정행위가 있었다(즉, 위 ①의 행위는 판결요지(1)에, 위 ②의 행위는 판결요지(2)에 해당함)는 점을 지적하며 위 해고사유가 존재함을 인정하였다.

이 사건에서 해고사유로 인정된 ‘임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때’란 임용계약 기간 중의 행위가 아니라 임용계약 체결 전의 사유를 해고사유로 삼는다는 점에서

1) B는 이 사건 논문의 지도교수이자, 원고 임용 당시 피고의 소장이었다.

2) 이 밖에 원고의 논문 교체행위와 관련하여 ‘임용계약 당시 제출한 서류의 내용이 변경된 때’에 해당하는지 여부도 문제되었는데, 대법원은 종전의 인준지를 그대로 사용한 교체 행위는 연구윤리상 허용되지 아니하는 행위로서 교체된 논문이 물리적으로 존재하고 있을 뿐이며, 표절 여부가 문제되는 것은 교체 전 논문이라는 점에서 논문 교체행위로 인하여 이 사건 논문의 내용이 변경되었다고 볼 수 없으므로, 이 해고사유에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

그 유효성에 대한 논란이 있다. 판례는 채용 시 제출서류인 이력서를 허위 기재하여 해고한 사안들에서 “기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근무능력 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업질서 유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정할 필요가 있으므로” 원칙적으로 그러한 해고사유는 유효하다는 입장을 유지하고 있다(예컨대, 대법원 1999. 03. 26. 선고 98두 4672 판결 등). 이에 대해서는 이력서의 허위 기재만으로는 부족하고 그로 인하여 구체적인 기업질서위반이 초래되는 경우에 한하여 정당한 해고사유가 된다고 하여야 한다는 비판이 제기되었는데,³⁾ 당시의 판결들에서는 근로계약을 전인격적 관계라는 점을 전제하는 경향이 있어 채용당시의 신뢰 위반을 대단히 중요시 여겼고 그 결과 근로계약 체결이후의 근태 사정은 대체로 무시되는 경향이 있었다. 그러나 이 사건에 한정해서 본다면, 이 사건에서는 채용대상자의 연구능력이나 자질이 채용결정의 중요한 판단기준이 되며, 전인격적 관계와도 무관하다는 점에서 이러한 해고사유의 유효성을 인정할 필요가 있다고 생각한다.

근자에 대법원은 그러한 해고사유가 유효하다는 점에서는 종래와 차이가 없지만, 해고의 정당성을 판단함에 있어서 위 판결요지(3) 중 (iii)-(vi)와 같이 근로계약 체결 이후의 사정도 고려하여야 한다는 점을 명시하여, 근로계약 체결시 제출한 서류에 허위 등 하자가 있다는 사유만으로 해고가 당연히 정당한 것은 아니라는 취지의 판결을 한바 있어 과거의 판단 경향에 변화를 가져왔다(대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결 참조). 이 사건 역시 이 판결을 참조판결로 제시하고 이러한 입장을 따르고 있다. 대법원은 판결문에서 학위논문의 표절이 밝혀졌다는 사정뿐 아니라, 재임 중 연구보고서 발간이 지체되는 등 피고의 업무에 차질을 빚기도 한 점, 원고의 이 사건 논문 표절은 국무총리실 특별감사의 대상이 되어 국책연구기관으로서 피고의 위상 및 신뢰도에 악영향을 미친 점, 이 사건 논문에 대한 표절의혹이 제기되자 원고는 이 사건 논문과 교체하면서 종전의 인준지를 그대로 사용하는 등 연구윤리상 허용되지 아니하는 행위까지 나아간 점 등을 해고의 정당성을 인정하는 이유로 제시하였다.

그런데 이 사건에서 학위논문은 임용의 핵심적인 전제가 된다는 점에서, 학위논문을 표절한 사안에 대해서까지도 임용 후의 사정을 굳이 참작할 필요가 있는지 의문을 제기해 볼 수 있다. 왜냐하면 근로자가 해당 직무 수행에 적절하다는 점을 입증하는 중요자료와 관련하여 사용자를 기망하거나 그에게 착오를 유발하는 등의 문제가 있었더라도, 채용 후 일을 잘 하는 등 사업에게 상당한 기여를 하는 사례가 있을 수 있는데, 대법원의 입장에 따르면 이러한 경우에는 해고가 부당하다는 결론이 내려질 가능성도 이론적으로 열려 있기 때문이다. 그러나

3) 김선수(1998), 『노사갈등의 현황과 쟁점』, 『노동법학』 제7호, p.39; 이러한 취지로는 김기선(2012), 『학력 허위 기재와 해고』, 『노동법학』 제43호, p.313 등 참조.

이것은 해고의 정당성 판단기준시점이 해고 시라는 점에 기인한 것으로, 근로관계의 특수성을 고려한 당연한 결과로 받아들일 수밖에 없다. 이러한 점에서 이 사건의 경우 제척기간이 남아 있으므로⁴⁾ 민법상 계약의 취소 사유(민법 제109조, 제110조)를 적극적으로 주장해 볼 실익이 있다. 이 법리를 적용하는 경우에는 취소사유의 존부는 계약체결시(즉, 사용자가 하자 있는 의사표시를 한 시점)를 기준으로 판단하므로 근로계약 체결 이후의 사정은 고려될 여지가 없기 때문이다.

여담으로, 1980·1990년대 이력서에 대졸 내지 그 중퇴 사실을 기재하지 않고 고졸 학력까지만 기재하는 등 최종학력을 은폐하고 입사하였다가 발각되어 해고된 근로자가 해고의 정당성을 다툰 여러 사건들에서, 20세기의 우리 법원은 허위기재된 학력이 당해 근로계약의 이행에 핵심적인 사항인지 여부 - 실제로 학력은 직무수행에 중요하지 않는 경우가 많았을 것이다 - 는 고려하지 않았으며, 근로계약 체결 이후의 근태 등의 사정은 전혀 고려하지 않고 ‘가정적 인과관계’, 즉 학력을 허위로 기재하지 않았더라면 근로계약을 체결하지 않았을 것인지 여부를 주된 판단근거로 삼아 해고의 정당성을 인정하곤 하였다. 이러한 태도는 해고를, 실질적으로 민법상 착오 내지 기만에 기한 취소권 행사로 치환하여 판단한 것이라 비판할 수 있다. 이러한 점에서 20세기 법원은 이력서 허위기재 사안의 성격을 무시한 채 결론을 내려놓고 이에 맞추기 위해 당해 사안에 적용하기 부적절한 법리를 사용한 것은 아닌가라는 의심이 든다. 이러한 관점에서 이 사건 판결을 평가해 보면, 결론을 내리는 과정에서 적용된 법리가 원고에게 과잉 친절을 베풀었다는 불만을 제기할 수는 있겠지만, 21세기 법원이 채용 시 제출한 서류에 하자가 있어 해고된 사례에서 그 정당성을 판단함에 있어서 적어도 이론적 측면에서는 20세기보다 정치해졌다고 볼 수 있을 것이다. **KLI**

김린(인하대 법학전문대학원 교수)

4) 민법 제146조(취소권의 소멸) 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.

촉탁계약직의 총 사용기간 2년을 초과하는 갱신기대권

- 서울행정법원 2016. 10. 20. 선고 2015구합71068 판결 -

【판결요지】

기간제법 시행 이후에도 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 경우에는 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 인정할 수 있고, 기간제법이 시행되었다고 하여 그 이후에 신규로 채용된 기간제근로자에게는 재계약이 체결될 수 있으리라는 정당한 기대권이 부정된다거나 총 사용기간이 2년을 넘지 않는 한도 내에서만 인정된다고 볼 것은 아니다.

원고(H자동차)는 총 사용기간을 2년 이내로 정하여 촉탁계약직을 도입하였고 실제로 촉탁계약직 근로자가 2년을 초과하여 근무하거나 정규직으로 전환된 사례는 한 건도 없으며 참가인(근로자) 역시 촉탁계약직의 최대 갱신기간이 2년임을 충분히 인식하고 있었다는 점 등을 종합하면, 참가인에게는 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다.

기간제고용에서 갱신기대권 내지 전환기대권을 다투는 사안에서는 사실관계가 매우 중요하다. 근로자 을은 2013년 2월 촉탁계약직으로 H자동차에 입사해 짧게는 2주일에서 길게는 6개월 단위로 총 14회에 걸쳐 근로계약을 갱신(총 15회 근로계약 체결)하면서 울산공장에서 자동차 쇼바와 배터리, 백시트를 장착하는 업무에 종사하였다. 을이 마지막으로 체결한 근로계약서의 계약기간은 2014. 11. 29부터 2015. 1. 31까지로 되어 있었고, H자동차는 2015. 1. 20 을에게 “오는 1월 31일자로 근로계약이 만료돼 근로관계가 종료된다”고 구두로 통보하였다. 15번째 근로계약에서 정한 기간이 종료하고 H자동차가 계약갱신을 거절하자, 을은 H자동차의 갱신거절은 부당해고라고 주장하며 부산지방노동위원회에 구제를 신청하였으나 기각되었고, 중앙노동위원회는 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정됨에도 불구하고 합리적 이유 없이 갱신을 거절한 것이므로 부당해고에 해당한다고 판정하였다. 이에 H자동차는 행정법원에 재심판정 취소의 소를 제기하였다.

대상판결의 첫 번째 쟁점은 기간제법 시행 이후 총 사용기간 2년을 초과하여 계속 고용될 수 있다는 갱신기대권의 인정 여부이다. 일부 하급심판결에서 “기간제법 제4조의 입법취지 및 기간제법이 기간제근로자의 총 사용기간을 원칙적으로 2년으로 제한할 뿐 다른 나라의 입법례처럼 기간제 근로계약의 갱신에 정당한 객관적 사유의 존재를 요구하거나 기간제 근로계약의 반복적

체결이 가능한 횟수를 제한하고 있지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 기간제법 시행 이후에는 사용자는 원칙적으로 기간제 근로계약을 2년의 기간 내에서 계약기간을 자유롭게 정할 수 있음은 물론 동일한 내용으로 반복하여 체결할 수도 있지만 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 해당 기간제근로자에게 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로서의 지위가 인정되므로, 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 근로계약 갱신의 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다”고 해석하기도 한다(서울고등법원 2012. 2. 16 선고 2011누29990 판결 등).

그러나 기간제근로자 보호를 목적으로 하는 기간제법 시행을 이유로 갱신기대권이 부정된다면 기간제근로자 보호라는 입법목적에 반한다는 점, 갱신기대권은 계약체결 동기·갱신사유·갱신회수·노사관행 등을 종합하여 근로관계에서 형성되는 것이고, 총 계약기간이 2년을 넘으면 무기계약근로자로 간주되는 것은 기간제법에 따라 강제되는 것으로 그 인정근거가 다른 점, 기간제법의 입법취지에서 총 근로기간 2년이 되면 근로관계를 종료하는 것이 당연히 예정되었다고 볼 수 없다는 점 등을 이유로 기간제법 시행 이후에도 갱신기대권이 인정된다는 판결과 학설이 다수이다. 대법원도 기간제법 시행 이후에도 판례법리에 따라 요건이 충족하면 2년을 초과하여 계약이 갱신될 수 있다는 갱신기대권을 인정하였다. 최근 대법원은 기간제법 시행 이후 맺은 기간제 근로계약도 ‘기간제법의 규정들에 의하여 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것이 아니다’고 확인하였다.¹⁾

두 번째 쟁점은 총 사용기간 2년을 초과하는 갱신기대권이 인정되더라도 구체적 근로관계에서 갱신기대권이 형성되었는지 여부이다. 대상판결은 법원이 정립한 판단기준에 따라 사실관계를 종합적으로 검토한 다음 을에게는 갱신기대권이 인정될 수 없다고 판단하였다. 즉 ① 촉탁계약직 근로계약서나 회사 취업규칙 어디에도 계약기간 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있지 않고, 오히려 계약직 직원 취업규칙은 기간의 정함이 있는 고용계약이 만료됐을 때는 당연퇴직 사유로 규정하고 있는 점, ② 참가인이 입사 이후 짧게는 2주일에서 길게는 6개월 단위로 총 14회에 걸쳐 근로계약을 반복하여 갱신하여 왔으나, 참가인과 같은 촉탁계약직은 당초 업무공백 사유(전출, 사직, 휴직 등)가 해소되는 경우 근로관계가 종료되는 것이 예정되어 있고 실제로도 그러했다는 점, ③ 촉탁계약직의 업무(자동차 쇼바·배터리·백시트 장착)가 상시적·계속적으로 필요한 업무에 해당하지 않, 당해 업무는 하청업체 근로자들을 정규직으로 전환 채용하는 과정에서 신규 교육훈련 등으로 일시적인 공백이 생기는 경우나 휴직·정직 등으로 공백이 생기는 경우에 정규직 직원이 충원될 때까지 공백을 메우기 위해 한시적으로 필요한 것인바, 참가인이 수행한 업무 자체가 상시적이고 계속적이라는 이유만으로 참가인 자신이 이들 업무를 2년을 초과하여서까지 계속

1) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결.

하여 수행할 것에 대하여 정당한 기대를 가진다고 보기는 어려운 점, ④ 촉탁계약직 사원 모집 공고문에 ‘필요시 근로계약 연장이 가능하다’는 문구가 포함되어 있으나, 이는 채용지원을 유도하기 위한 청약의 유인에 불과하여 근로계약의 내용으로 삼을 수 없고, 설령 근로계약의 내용에 포함된다고 보더라도 원고에게 재계약의무를 부담지운 것은 아닌 점, ⑤ 촉탁계약직 근로자의 경우 출석, 결근 등의 근태관리만이 이루어졌고, 계속적 고용관계를 전제로 하는 인사평가 제도가 실시되거나 그러한 결과가 근로계약 갱신에 반영된 적도 없는 점, ⑥ 원고는 총 사용기간을 2년 이내로 정하여 촉탁계약직을 도입하였고 실제로 촉탁계약직 근로자가 2년을 초과하여 근무하거나 정규직으로 전환된 사례는 한 건도 없으며 참가인 역시 촉탁계약직의 최대 갱신기간이 2년임을 충분히 인식하고 있었다는 점 등을 종합하면, 참가인에게는 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다는 것이다. 결론적으로 대상판결은 사실관계를 통해 촉탁계약직은 진출, 사직, 휴직 등의 사유로 결원이 발생한 경우 해당 직원이 복귀하기 전까지 임시로 채용되어 대체인력으로 투입하였고, 촉탁직을 정규직으로 전환한 경우가 없다는 H자동차의 주장을 그대로 인정하였다.

하지만 모집공고에서는 ‘필요시 근로계약 연장이 가능’하다고 명시하면서 촉탁계약직의 총 사용기간은 2년 이내라는 점을 근로계약 체결 시 통보하거나 서면 등으로 제시하지 않은 점, 촉탁계약직의 업무 자체가 상시적·계속적으로 필요한 업무이면서 무려 14회의 갱신이 있었다는 점 등 갱신기대권을 인정할 수 있는 요소도 상당히 존재한다(중노위가 인정한 사실). 그리고 대상판결은 인사평가제도가 실시되지 않았다는 점을 갱신기대권 부정의 이유로 보았으나, 갱신기대권은 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계를 바탕으로 인정되는 것으로 인사평가제도와는 직접적인 관련성이 없다. 또한 을이 촉탁계약직의 최대 갱신기간이 2년임을 충분히 인식하고 있었다는 점을 들고 있지만, H자동차가 이를 명시한 바가 없고, 오히려 종사하는 업무가 계속되는 경우 근로자는 성실히 근무하면 근로계약이 갱신되고 연장될 수 있으리라 기대를 갖는 것이 보다 현실적인 의사해석이라는 점 등을 고려할 때 대상판결에 선뜻 동의하기 어려운 점도 있다.

대상판결은 H자동차로서는 사내하도급 근로자의 지위확인소송에 이은 비정규직 제2라운드 소송이다. H자동차의 사내하도급이 파견으로 판명되고, 불법파견에 대하여 구 파견법의 직접 고용간주 규정이 적용되는지 여부가 다투어지듯,²⁾ 대상사건은 이른바 ‘쪼개기 계약’에 대한 정당성 내지 기간제 남용에 관한 다툼으로 법원이 최종적으로 어떠한 판단을 내릴지 주목된다.

KLI

노상현(서울시립대 법학전문대학원 교수)

2) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

월간 노동리뷰

2017년 1월호