

노동판례리뷰

근로계약 갱신거절의 합리적 이유 판단기준 및 이의 증명책임 등

— 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결 —

【판시사항】

기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 사용자가 이를 배제하고 근로계약 갱신을 거절한 데에 합리적인 이유가 있는지 판단하는 기준 및 그러한 사정에 관한 증명책임의 소재, 사용자가 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 사용자 주장의 당부를 판단하는 방법

(1) 이 사건의 시초는 2011년 1월로 거슬러 올라간다. ○○시(이하, 사용자)가 운영하는 ○○시립예술단(이하, 예술단)에 소속된 ○○시립교향악단(이하, 교향악단)의 단무장 및 단원인 이 사건 근로자들 26명은 2004년부터 위촉되어 튜바, 바이올린, 첼로, 비올라 등을 담당하여 근무하던 중 2011년 1월 말로 위촉기간이 만료되고 재위촉이 되지 않자 재위촉 거부가 부당하다며 부당해고 구제신청을 하였다. 경남지방노동위원회는 부당해고 구제신청을 인정하여 구제명령을 하였으나, 중앙노동위원회는 「근로기준법」상 근로자가 아니라고 판정하여 초심을 취소하였고, 행정법원은 이 사건 근로자들의 청구를 기각하였으며, 고등법원은 「근로기준법」상 근로자에 해당한다고 보아 이를 부인한 재심판정을 취소하면서 나머지 갱신기대권 및 갱신거절의 합리적 이유 등은 재심판정에 포함되지 않았던 내용으로 이의 부당성을 다룰 수 없다고 판결하였다. 상고심인 대법원은 심리불속행으로 기각하여 고등법원의 판결을 확정하였다.¹⁾ 이와 같

1) 사건의 경과: 서울행정법원 2012. 6. 21. 선고 2011구합30687 판결, 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24230

이 재심판정이 취소되자 중앙노동위원회는 재처분 심문회의 결과 이 사건 근로자들에게 갱신 기대권은 인정되나 갱신거절의 합리적 이유가 있다고 하여 기각하는 재처분을 하였고, 행정법원과 고등법원 또한 동일한 이유로 이 사건 근로자들의 청구를 기각하였다. 반면 대상판결은 아래에서 언급하는 법리를 근거로 갱신거절의 합리적 이유가 없다고 하여 원심판결을 파기·환송하였다.²⁾ 이 사건의 법적 쟁점은 갱신거절에 합리적 이유가 있는지 여부에 있다.

이 사건의 사실 개요를 보면, 이 사건 근로자들은 교향악단이 설립된 2004년 12월 이후 사용자와 2년 단위로 위촉계약을 체결하였고, 위촉기간이 만료될 때마다 정기평정을 거쳐 재위촉되어 왔으며, 이 사건 재위촉 거부가 있기 전까지 한 번도 재위촉이 거부된 적이 없었다. 그런데 2010년 11월에 사용자는 예술단의 운영위원회를 개최하여 기존 단원들에 대해 재위촉 전형을 하지 않고 일제히 신규전형을 통해 단원을 선발한다는 취지의 의결을 하였고, 이에 따라 2011년 1월 중순경 실시된 공개전형에서 이 사건 근로자들 중 일부는 응시자격(‘공고일 현재 주소가 대구·경북으로 되어 있는 자’)을 구비하지 못해 응시하지 못하였고, 튜바 파트의 폐지로 기존에 튜바를 담당하던 근로자도 응시하지 못하였으며, 나머지 근로자들은 합격순위에 들지 못해 재위촉되지 못했다.

이에 대해 고등법원은, 위촉기간이 만료된 자를 재위촉해야 할 의무가 있다거나 전형의 구체적인 방법이 규정되어 있지 않은바 공개경쟁으로 뛰어난 단원을 뽑겠다는 공개모집 전환 결정은 사용자의 재량에 속하며, 평가기준이나 평가방법이 불합리하다고 볼 만한 특별한 사정이 없고, 응시자격을 지역적으로 제한한 것은 예산 사정을 고려한 것으로 부당하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

반면 대법원은 아래의 판단법리를 전제로 첫째, 재위촉 거부를 해야 할 경영상 또는 운영상의 필요가 있었음을 뒷받침하기에 충분한 사정을 찾기 어렵다고 판단하였다. 대법원은 전형방식을 결정할 사용자의 재량이 있음을 인정하나, 기존 방식으로 교향악단의 수준이 하락하였다거나 기존 방식만으로 수준을 유지·향상시키기 어렵다는 점을 추단할 만한 사정에 대한 아무런 주장·증명이 없음에도 원심이 공개전형이 교향악단의 수준을 유지·향상시키기 위한 합리적인 방법이라고 단정한 것은 받아들이기 어렵다고 판단하였다. 둘째, 대법원은 사용자가 위촉기간이 만료되는 기존 단원들에 대해 사전 동의 또는 협의 등의 절차를 거치지 않은 채 공개전형을 실시한 것은 근로계약 갱신에 대한 이 사건 근로자들의 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 조치라고 판단하였다. 셋째, 공개전형 응시자격을 대구·경북지역에 거주하는 연주자로 제한할 필요성이 없다고 판단하였다. 즉 대구·경북지역 외의 지역에 거주한다고 하여 교향

판결, 대법원 2013. 7. 11.자 2013두6985 판결(심리불속행)

2) 사건의 경과: 서울행정법원 2014. 12. 18. 선고 2014구합60863 판결, 서울고등법원 2015. 5. 15. 선고 2015누30533 판결, 대법원은 대상판결임.

악단의 단원으로서의 활동상 장애가 있다거나 그 설치 목적인 시민의 정서함양 및 지역문화향 달에 어떠한 어려움이 있다고 보기 어렵다고 보았다. 타당한 판단이라고 생각한다.

(2) 대상판결에서 필자가 주목하고자 한 것은 사실관계에 대한 판단보다 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준 및 이의 증명책임, 그리고 계약갱신절차가 아닌 신규채용절차를 통해 대규모로 갱신을 거절한 경우(대상판결과 같은 사안) 합리적 이유의 판단방법 등을 제시한 판시내용이다. 대상판결은 이를 일반적인 판단기준으로 정식화한 최초의 판단으로 보인다. 그동안 대법원은 갱신기대권의 인정 여부에 대한 판단기준과 갱신기대권이 인정되는 경우의 법적 효력에 대해서는 제시한 바 있고, 이것은 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결, 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 등이다. 대상판결 또한 이 판결의 내용을 전제로 실시하고 있다.

① 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준 및 이의 증명책임에 대한 판시내용이다.

대상판결은 “기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 이와 같이 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그러므로 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제 될 때에는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 그 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 여부 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다”고 판시하고 있다. 종전의 대법원은 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정될 경우 사용자의 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추 적용되므로 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적 이유가 있어야 한다는 취지의 판결을 하였다. 대상판결은 여기서 더 나아가 합리적 이유가 있는지 여부는 갱신기대권을 인정하는 취지에 비추어 근로관계를 둘러싼 제반 사정을 종합하여 ‘갱신거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정한지를 기준으로 판단’하여야 한다고 제시하고 있다. 이러한 사정에 대한 증명책임은 사용자에게 있다. 갱신거절은 해고제한의 법리가 유추 적용되고, 해고의 정당한 사유는 사용자에게 입증책임이 있듯이 갱신거절에 합리적 이유가 있다는 사정은 사용자가 입증책임을 부담한다.

② 계약갱신절차가 아닌 신규채용절차로의 전환을 통해 대규모로 갱신을 거절한 경우의 합리적 이유의 판단기준 및 방법에 대한 판시내용이다.

대상판결은 “특히 사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여

사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것이므로, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 여부 등을 종합적으로 살펴보아 그 주장의 당부를 판단하여야 한다”고 판시하고 있다. 이 판시내용은 「근로기준법」 제24조의 ‘경영상 이유에 의한 해고’의 요건과 맥을 같이하고 있는데, 앞서 언급한 ‘①’의 갱신거절의 합리적 이유는 주로 근로자측의 사정에 기해 발생하는 것이고, ‘②’는 주로 사용자측의 사정에 기해 발생하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

대상판결은 법원이 그동안 판례 법리로 축적해온 갱신기대권 법리를 한층 더 발전시키고 구체화하였다는 측면에서 의미가 큰 판결이라 생각한다. **KL**

강선희(법학박사)

직위해제무효확인 소송 중 다시 직위를 부여받은 경우 법원의 처리방식과 맹점

- 서울고등법원 2017. 9. 20. 선고 2017나2013890 판결 -

【판결요지】

직위해제란 그 직위를 계속 유지시킬 수 없는 사유가 있어서 그 직위를 부여하지 아니하는 것으로서 직위해제를 받은 사람이 얼마 후에 다른 직위를 다시 부여받았다면 그 직위는 이미 회복되었다고 볼 것이므로 그 직위해제에 어떤 하자가 있음을 이유로 그 무효확인을 구할 소의 이익은 없다. 또한 직위해제가 취소되거나 그 무효임이 확인되지 아니하는 한 그 후에 직위를 부여받았다 하여 위법한 직위해제처분에 의하여 신분적으로 또는 재산적으로 받은 불이익한 결과가 직위해제 당시에 소급해서 제거되고 직위해제가 없었던 것과 마찬가지로 법적 상태가 되는 것은 아니지만, 직위해제의 하자가 중대하고 명백하여 무효라면 직위해제의 의하여 받게 된 신분적 또는 재산적 이익의 회복 그 자체를 직접 목적으로 하는 소송에서 그 전제로서 그 직위해제의 무효를 주장할 수 있다.

사안에서 원고는 시설관리공단(피고)에서 감사담당관으로 근무하였고, 피고 공단이 정관 개정 후 감사담당관 직제를 폐지하고 원고를 다른 직책으로 전보발령하였지만, 원고가 이를 거부하자 직위해제 및 대기발령을 내리게 되었다. 원고는 이에 대해 직위해제 무효확인의 소를 제기하였고 항소심이 진행되던 도중 피고가 원고에게 다시 직위를 부여하여 법원은 소의 이익이 없다는 이유로 각하 판결을 하게 되었다. 한편 직위해제 무효확인의 소가 계속 중이던 동안에 원고가 피고를 상대로 직위해제 등으로 인한 정신적 손해배상을 구하는 소도 제기해놓은 상태였다.

직위해제 무효확인의 소에 대해서 법원이 소의 이익이 없다는 판단을 내린 이유는, 직위해제를 받은 자가 다시 직위를 부여받은 경우 직위는 회복된 것이므로 직위해제의 무효를 더 이상 다룰 실익이 없고 설사 종전의 직위해제 자체가 무효였다 하더라도 그 무효는 직위해제로 인한 임금지급 기타 손해배상청구 소송에서 선결문제로 주장할 수 있기 때문이라는 것이다.

대법판결의 이러한 입장은 기본적으로 민사소송의 법리가 그대로 적용된 것이다. 글자 그대로의 의미만 보자면, 확인의 소는 무엇인가를 확인해달라는 요구이기에 논리적으로는 무제한 제기할 수 있어야 한다는 결론이 가능하지만, 소송 현실에서 그런 논리를 그대로 인정해버리면 권리구제 절차로서는 대단히 비효율적이게 된다. 그런 이유로 확인의 소에서는 그 효율적 이용

을 위한 통제수단으로 소의 이익을 필요로 하며, 확인의 소에 있어서 소의 이익은 일반적으로 대상적격과 확인의 이익을 포함하는 것으로 정리되어 있다. 대상적격은 확인의 대상이 현재의 권리·법률관계이어야 한다는 것을 의미하고, 확인의 이익은 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안이나 위험이 있고 그 불안이나 위험을 제거하기 위해서 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단일 것을 의미한다. 특히 확인의 이익과 관련하여 확인의 소에는 보충성의 원칙이 적용되는바, 이행의 소나 형성의 소 제기가 가능한 경우 확인의 소는 불허되는데, 이행의 소나 형성의 소 제기가 가능한 경우에 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁해결의 적절하고 경제적인 수단이 아닌 것으로 평가받기 때문이다.

사안의 경우 말 그대로 확인의 소이기 때문에 이미 직위를 새로 부여받은 상황에서 당초의 직위해제가 무효라는 확인을 구하는 것이 확인의 소의 기본적인 법리상 맞지 않아 보이긴 한다. 게다가 직위해제로 인한 정신적 손해배상청구 소송이 이미 진행 중인 상황이고 또한 청구 취지의 변경 내지 확장을 통해서 직위해제 기간 동안 미지급된 임금 상당액도 청구가능하므로 직위해제 무효확인을 종전 절차에서 별도로 인정하는 것이 경제적으로 비효율적일 수 있다. 왜냐하면 손해배상청구소송 등 이행의 소에서 직위해제의 무효 여부를 선결적으로 판단해야 하기 때문이다.

대상판결의 입장은 민사소송의 기본적인 법리가 반영된 것으로서 절차법적 논리 그 자체로는 문제가 없다고도 볼 수 있다. 다만 아쉬운 점은 있다. 사안에서는 직위해제무효확인 소송의 계속 중 별도로 손해배상청구 소송을 진행 중인 경우였지만, 직위해제무효확인 소만 진행하다가 직위를 새로 부여받은 경우에도 단순히 소 각하 판결이 내려질 것인데, 이때 당사자인 근로자는 직위해제 그 자체의 무효여부만 확인받고 싶은 경우에도 새롭게 임금청구 기타 손해배상 등을 구하는 이행의 소를 제기해야 당초의 직위해제가 정당한지 부당한지 확인받을 수 있기 때문이다. 즉 근로자 입장에서는 또 다시 소 제기를 해야 하는 번거로움을 피할 수 없는 것이다.

이처럼 직위해제를 포함하여 근로자에게 신분을 박탈시키는 불이익처분을 내리고 근로자가 이에 대해 다투던 중에 직위부여 내지 업무복귀명령을 내리는 경우 그에 대해 다투는 이익이 없다는 식의 판단으로 절차를 종료시키는 것은 비단 법원을 통한 권리구제절차에서 뿐만은 아니다. 직위해제 기타 해고 등 신분변동처분에 대해 노동위원회 구제신청을 통해서 다투는 경우에도, 이를 다투는 도중에 사용자가 직위부여 내지 업무복귀명령을 내리는 경우 일률적으로 해당 사건은 구제이익이 없다는 이유로 각하 판결을 받게 된다. 그런데 이런 경우들에 있어서 그 절차법상 타당성은 별론으로 하고, 문제는 사용자의 직위부여 내지 업무복귀명령의 진정성을 확인할 수 없다는 데 있다. 무슨 의미이고 하니 사용자 입장에서 현재의 법적 분쟁에 대응하는 것이 번거롭고 어려우니까 일단 직위부여 내지 업무복귀명령을 내려 현재의 분쟁을 종결시키

고 이후 근로자가 복귀한 후에 새롭게 절차를 진행하여 얼마든지 불이익처분을 또 내리는 것이 가능하기 때문에, 직위부여 내지 업무복귀명령이 소위 ‘눈 밖에 난’ 근로자를 내쫓는 전 단계로 이용되는 것인지 아닌지 노동위원회나 법원 입장에서 판단이 이루어지기 어렵고, 또 그렇게 악용되는 것을 방지할 방법도 현재로서는 딱히 없다는 것이다. **KL**

노호창(호서대 법경찰행정학부 교수)

교원인사규정의 불이익 변경과 사립대학 교원의 재임용

- 대구고등법원 2017. 10. 12. 선고 2017나20556 판결: 확정¹⁾ -

【판결요지】

피고의 정관 및 교원인사규정이 취업규칙의 성격을 지니고 있다고 하더라도, 근로자들의 동의를 얻지 않고 이를 변경하는 때에는 그 변경으로 이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서 변경의 효력이 미치지 않을 뿐이고, 위 원고들과 같이 기간의 만료로 인해 신분을 상실한 후에 재임용절차에 의해 개정 정관 및 개정 교원인사규정에 따른 근로조건을 수용하고 새로 근로관계를 체결한 교원의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 개정 정관 및 개정 교원인사규정이 취업규칙으로서 유효하게 적용된다.

행정기관의 행정처분에 있어 국민의 신뢰보호 관점에서 개정 법령의 적용이 제한될 수 있는 것과 마찬가지로, 사립학교 소속 교원에 대한 재임용처분에 있어서도 교원의 신뢰보호이익이 정관 등 개정된 규정의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 큰 보호가치가 있다면 개정 정관의 적용이 제한될 수 있다.

대상판결의 사실관계를 간단히 정리하면 다음과 같다. 피고 학교법인이 운영하는 경주대학교에서 부교수로 재직하고 있던 원고들은 2011. 11.부터 2012. 12.경까지 피고학원에 재임용 신청을 하였으나, 피고학원은 원고들이 기간만료로 인해 이미 면직되었다는 이유로 재임용심사 절차를 이행하지 않았다. 이에 원고들은 2015. 1. 피고학원을 상대로 재임용거부처분무효확인 청구 소를 제기하였고,²⁾ 이러한 소송이 계속되어 있던 2015. 6. 30. 피고학원은 부교수의 재임용기간을 2년으로 단축하는 등의 내용으로 피고학원의 정관 및 교원인사규정을 개정하였다. 이후 피고학원은 2015. 7. 내지 11.경 원고들이 제기한 재임용거부처분무효확인청구 소의 1심에서 패소하자, 2015. 12. 29. 피고학원의 개정된 정관 및 교원인사규정에 근거하여 원고들을 임용기간 2년으로 재임용하였다. 그러자 원고들은 피고학원의 개정된 정관 및 교원인사규정에 근거하여 임용기간을 2년으로 정한 것이 무효임을 전제로 자신들의 임용기간은 재임용기산일인 2016. 3. 1.부터 6년이 되는 때까지라는 확인을 구하는 소를 제기하였다.

원고들의 이러한 청구에 대하여 대상판결은 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다58364 판결 및 대법원은 2012. 6. 28. 선고 2010다17468 판결을 인용하여 “피고의 정관 및 교원인사규정이 취

1) 대상판결은 피고 학교법인이 상고를 취하여 확정되었다.

2) 서울북부지방법원 2015가합20210호 및 대구지방법원 2015가합83호.

업규칙의 성격을 지니고 있다고 하더라도, 근로자들의 동의를 얻지 않고 이를 변경하는 때에는 그 변경으로 이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서 변경의 효력이 미치지 않을 뿐이고, 위 원고들과 같이 기간의 만료로 인해 신분을 상실한 후에 재임용절차에 의해 개정 정관 및 개정 교원인사규정에 따른 근로조건을 수용하고 새로 근로관계를 체결한 교원의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 개정 정관 및 개정 교원인사규정이 취업규칙으로서 유효하게 적용된다”고 판단하면서도, “행정기관의 행정처분에 있어 국민의 신뢰보호 관점에서 개정 법령의 적용이 제한될 수 있는 것과 마찬가지로, 사립학교 소속 교원에 대한 재임용처분에 있어서도 교원의 신뢰보호이익이 정관 등 개정된 규정의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 큰 보호가치가 있다면 개정 정관의 적용이 제한될 수 있음”을 전제로 원고들에 대한 재임용처분 중 재임용 기간에 관하여는 개정 전의 정관 및 교원인사규정이 적용되어야 한다고 판단하였다.³⁾

대상판결의 이유 중 사립학교 소속 교원에 대한 재임용처분에 있어서도 교원의 신뢰보호이익이 정관 등 개정된 규정의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 큰 보호가치가 있다면 개정 정관의 적용이 제한될 수 있다는 판시에 필자도 전적으로 동의하며, 대상판결의 이러한 판시가 향후 사립학교 교원의 재임용과 관련한 다양한 쟁송에 있어서 중요한 선례로 기능하기를 기대한다. 다만, 이러한 판단에 선행하는 ‘기간의 만료로 인해 신분을 상실한 후에 재임용절차에 의해 개정 정관 및 개정 교원인사규정에 따른 근로조건을 수용하고 새로 근로관계를 체결한 교원의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 개정 정관 및 개정 교원인사규정이 취업규칙으로서 유효하게 적용된다’는 부분에 관해서는 이러한 판단은 대상판결의 원고들의 경우와 같이 기존의 임용기간이 만료되어 근로관계가 일응 종료된 후 수년이 경과한 다음에서야 재임용된 매우 이례적인 경우에 한하여 제한적으로 수긍가능한 해석이고, 종전의 임용기간의 만료 후 기간의 단속 없이 연쇄적으로 재임용이 되는 대부분의 경우에는 긍정되기 어렵다고 생각한다. 물론 대상판결이 인용하고 있는 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다58364 판결은 “피고가 운영하는 아주자동차대학의 정관이나 인사규정 등에 교원에 대한 재임용 의무를 부여하는 규정은 없으므로 아주자동차대학 교원의 재임용은 이전 임용기간이 만료된 후에 교원과 피고 학교법인과의 새로운 고용계약의 체결에 의하여 이루어지는데, 원고는 2000. 3. 1. 및 2003. 3. 1. 조교수로 각 재임용되었으므로 특별한 사정이 없는 한 원고는 재임용될 당시 변경된 취업규칙에 따른 근로

3) 다만, 현행 「사립학교법」 제10조 제1항은 “학교법인을 설립하고자 하는 자는 일정한 재산을 출연하고, 다음 각호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 교육부장관의 허가를 받아야 한다”고 규정하는 한편, 같은 항의 각목에서는 정관의 필요적 기재사항으로 목적, 명칭, 설치·경영하고자 하는 사립학교의 종류와 명칭 등을 열거하고 있을 뿐, 소속 대학의 교원의 근로조건을 정관의 기재사항으로 열거하고 있지 아니하다. 따라서 학교법인의 정관은 학교법인의 기관인 이사과 감사 등을 구성할 뿐이지, 정관의 내용이 소속 대학의 보수규정 등의 학칙(취업규칙)으로 구체화되거나 개별 교원과의 임용계약에 정관 준수 조항을 삽입하는 등의 방식으로 근로관계의 내용으로 편입될 수 있음은 별론, 정관 자체는 학교법인에 소속된 교원의 근로조건에 관한 규범이 되지 못한다. 즉, 학교법인의 정관은 개념상 취업규칙으로 볼 수 없다.

조건을 수용하고 새로운 고용계약을 체결한 것으로 보아야 할 것이어서, 위 재임용계약 이후에는 원고에 대하여 변경된 취업규칙인 개정된 보수규정이 적용되어야 한다”는 동 판결의 원심 법원의 판단을 긍정한바 있다.4) 그러나 이러한 쟁점에 관하여 위 2009다58364 판결과 입장을 달리하는 판결도 다수 발견된다.

(1) 대법원은 위 2009다58364판결이 선고된 이후, 대법원 2012. 6. 28 선고 2010다17468 판결(세한대학교 사건)에서는 ①“원심은 선정자 김○○, 송○○은 보수에 관한 규정이 성과급 연봉제로 변경된 뒤에 신규임용되면서 위 연봉제 급여 지급 규정에 동의하고 피고와 연봉계약을 체결한 이상, 위 선정자들에게는 변경된 취업규칙에 따라 성과급 연봉제가 적용되어야 한다”는 동 판결의 원심의 판단을 유지하는 동시에, ②“원고 및 선정자 소외 1, 2, 3에게는 변경된 취업규칙에 따른 성과급 연봉제 규정을 적용할 것이 아니라 종전의 취업규칙에 의한 연공서열식 호봉제를 적용하여야 한다”는 원심의 판단이 정당함을 전제로 원고 등에게 지급할 승급된 호봉에 해당하는 기준급 등에 대한 심리미진을 이유로 파기환송하였다. 이처럼 대법원은 2010다17468 판결에서는 무효인 취업규칙의 변경 이후에 ‘신규임용’된 교원과 ‘재임용’된 교원의 법적 지위를 달리 취급하였다.

(2) 대구지방법원은 2012. 6. 1. 선고 2011가단65843 판결(영남외국어대학 사건)에서 “임용기간이 만료된 사립대학 교원의 경우, 신규임용된 교원과 달리, 종전에는 교원들의 동의를 얻지 않아 무효인 변경 취업규칙의 적용을 받지 않았던 사람으로서, 그 변경 취업규칙의 적용으로 인해 침해되는 기득이익이 존재하므로 …… 재임용 당시 재임용 대상 교원이 그 변경 취업규칙에 따른 근로조건을 수용한 것으로 일반적으로 간주하는 것은 타당하지 않다고 할 것이고, 이는 만약 그와 같이 간주한다면, 교원의 임용기간이 통상 2, 3년 정도임을 고려할 때, 사립대학 운영자가 취업규칙의 내용을 소속 교원의 동의 없이 일방적으로 불리하게 변경한 후 2, 3년이 경과할 때까지 기다리기만 하면 이를 소속 교원들에게 적용시킬 수 있어, 결국 「근로기준법」의 보호법으로서의 정신과 기득권 보호의 원칙 및 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정되어야 한다는 「근로기준법」 제4조의 규정취지에 비추어 기존 근로조건을 사용자가 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우 근로자 집단의 집단의사결정방법에 의한 동의를 필요로 한다고 판시한 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결 등의 취지

4) 동 판결에 대한 평석으로는 박은정(2011), 「사립학교 교원 재임용계약의 성질과 취업규칙의 불이익변경」, 『노동법학』 제40호, 한국노동법학회, p.312 이하 참조. 박은정 교수는 위 평석에서 “임용계약의 당사자에게 명시적으로 기존임용계약의 효력을 소멸시킨 후 새로운 임용계약을 체결하는 것으로 합의가 이루어지지 않는 한, 교원의 임용계약의 내용은 최초임용계약에서 합의된 내용이 될 것이고, 최초임용계약 이후 불리한 취업규칙의 변경에 대한 불이익 변경절차를 거치지 않았다면 재임용계약 이후에도 취업규칙의 불이익변경은 재임용 교원에게 영향을 미치지 않는다고 볼 수 있다”는 견해를 제시하였는바, 필자 또한 박은정 교수의 견해에 전적으로 동의한다.

에도 전면으로 반하는 결과가 초래된다”고 판시하였다.⁵⁾

(3) 광주고등법원은 2015. 7. 17. 선고 2014나1965 판결(세한대학교 사건)에서 “원고들이 피고와 사이에 재임용계약 등을 체결할 당시 임용기간을 별도로 정하거나 퇴직금을 수령하였다는 자료가 없는 점, 위 원고들은 2008년경 피고를 상대로 광주지방법원 목포지원 2008가합462호로 임금청구소송을 제기하였는데 위 소송과정에서 위 원고들이 위 재임용 등 과정에서 위 연봉제를 근로조건으로 수용하고 새로운 근로관계를 갖게 되었다고 보기 어렵다는 취지로 판시되어 확정된 점 등에 비추어 보면, 위 원고들의 임용기간은 형식에 불과하고 임용계약이 계속 반복 갱신되어 연쇄적 근로관계가 인정되는 것으로 봄이 상당하므로, 위 원고들이 재임용 당시 신규 임용된 교원과 같이 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 새로이 근로관계를 갖게 되었다고 인정하기 어렵다”고 판시하여,⁶⁾ 기간제 임용계약이 반복하여 갱신된 사립대학 교원과 학교법인의 법률관계를 ‘연쇄적 근로관계’로 인정하였다.

이러한 상황을 종합하여 보면, 사립대학의 보수규정 개정이 종전 근로자에 대한 관계에서 무효라고 하더라도 임용기간 만료 후 재임용된 교원에게는 적용될 수 있다는 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다58364 판결은 확고한 판례로 안착되었다고 평가하기 어렵다.

한편, 현행 「사립학교법」 제53조의2 제3항은 “대학교육기관의 교원은 정관이 정하는 바에 따라 근무기간·급여·근무조건, 업적 및 성과약정 등 계약조건을 정하여 임용할 수 있다. 이 경우 근무기간에 관하여는 국·공립대학의 교원에게 적용되는 관련규정을 준용한다”고 규정하는 한편, 같은 조 제4항 내지 제8항에서는 교원이 ‘재임용’에 관한 절차 및 재임용 거부처분에 대한 불복방법 등을 규정하고 있는바, 이들 규정의 취지를 종합해 보더라도 사립학교 교원의 신규임용과 재임용을 규범적으로 동일하게 취급하는 것은 수긍하기 어렵다.

따라서 학교법인이 소속 교원들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻지 않고 취업규칙상 근로조건을 소속 교원들에게 불리하게 변경한 경우 변경된 취업규칙은 무효로서 소속 교원들에게 적용되지 않으며, 이러한 결론은 적어도 임용기간의 단속 없이 재임용된 교원의 경우에도 동일하게 적용되어야 할 것이다. **KL**

권오성(성신여대 법과대학 교수)

5) 위 판결에 대하여 피고 경북학원이 항소하였으나 항소가 기각되었고(대구지방법원 2013. 5. 24. 선고 2012나13055 판결), 이에 피고가 상고하였는바 대법원은 사건을 파기환송였고(대법원 2014. 9. 25. 선고 2013다47583 판결), 이후 파기환송심(대구지방법원 2014나16973호)에서 강제조정으로 사건이 종료되었다.

6) 위 판결은 대법원의 심리불속행 기각으로 확정되었다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015다51418 판결).

초단시간근로자 유형 규정과 근로시간

- 서울행정법원 2017. 9. 22. 선고 2017구합52108 판결 -

【판결요지】

기간제근로자인 교육공무직원 중 전임경력을 포함하여 계속근로연수가 1년을 초과하는 자는 무기계약직 전환의 대상, 1년을 초과하지 않으면서 재계약 심사요청서를 제출한 경우에는 재계약 심사대상에 해당하나 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자는 제외하기로 한 경우, 근로계약서상 소정근로시간은 14시간으로 기재되어 있으나 근로계약서의 문언에도 불구하고 당사자의 의사는 근로계약의 소정근로시간을 적어도 15시간 이상으로 정한 것이라 봄이 상당하다고 판단, 이 사건 근로자를 무기계약직 전환 및 재계약심사의 예외대상으로 보고 재계약 심사요청서를 제출하였음에도 불구하고 계약 체결을 거절하며 근로계약을 종료시킨 것이 근로자의 재계약에 대한 정당한 기대권 및 재계약을 전제로 한 무기계약직 전환에 대한 정당한 기대권을 침해한 것으로서 부당해고에 해당한다.

근로시간을 기준으로 보았을 때 「근로기준법」에 등장하는 근로자의 종류는 두 가지이다. 단시간근로자 그리고 통상 근로자. 그리고 「근로기준법」은 “1주 동안의 소정근로시간”을 기준으로 통상근로자보다 짧게 일하는 근로자를 단시간근로자로 규정하고 있다. 통상 근로자의 근로시간이 몇 시간인지는 법을 통해 알 수 없지만, 단시간근로자보다는 길게 일하는 근로자이고, 단시간근로자는 통상 근로자보다는 짧게 일한다. 따라서 단시간근로자와 통상 근로자는 서로 상대적이기는 하지만, 통상 근로자가 어떤 근로자인가에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 특히 지금처럼 하나의 사업장 내 일하는 근로자들의 종류가 다양할 수 있는 조건에서는 통상 근로자가 과연 어떤 근로형태를 취한 근로자인지 여부가 단시간근로자의 근로조건을 결정할 때 중요한 문제일 수 있을 것이다. 「근로기준법」은 단시간근로자의 근로조건을 “그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정”하도록 하고 있기 때문이다(근로기준법 제18조).¹⁾

1) 다만 법이 단시간근로자와 통상 근로자에 대하여 취하는 태도는, 단시간근로자는 하나의 근로형태로서 고유한 개념일 수 있지만, 통상 근로자는 단시간근로자의 개념을 규정하기 위한 수단으로 사용하고 있을 뿐이라고 생각된다(“단시간근로자”는 두 단어로 구성되어 있지만 고유명사처럼 한 단어로 붙여 쓰고 있는 반면, ‘통상 근로자’는 ‘통상적인 근로자’라는 의미에서 두 단어를 띄어 쓰고 있는 것으로 추측된다). 이렇게 보았을 때 단시간근로자에 대한 법적 정의의 규정은 두면서 통상 근로자에 대해서는 별다른 규정을 두고 있지 않는 것으로 이해된다. 통상 근로자의 의미는 언제나 바뀔 수 있다.

다소 논점을 벗어났다. 「근로기준법」상 근로시간을 기준으로 근로자는 단시간근로자와 통상 근로자로 구분이 되기는 하지만, 사실은 여기에 한 종류의 근로자를 더 추가해야 한다. 「근로기준법」은 단시간근로자의 근로조건을 시간비례 결정원칙에 따라 결정하도록 하면서, 주휴일 및 연차유급휴가에 관한 「근로기준법」 적용을 제외하도록 하는 근로자로서 “4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자”(소위, 초단시간근로자)를 정해두고 있기 때문이다. 일반적으로 단시간근로자는 시간비례 결정원칙에 따라 근로조건이 통상 근로자의 근로시간에 비례하여 결정되게 되고, 따라서 초단시간근로자의 근로조건도 시간비례 결정원칙에 따라 결정된다. 다만 주휴일과 연차유급휴가에 관한 「근로기준법」의 최저근로조건을 초단시간근로자에게도 적용하는 것은 다소 부적절하다고 판단했기 때문인지, 초단시간근로자에게는 이들 규정이 적용되지 않도록 한 것이다. 초단시간근로자에 대한 이러한 예외적인 조치는 「근로기준법」에 국한되지 않는다. 「기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법) 시행령에서는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 유형의 하나로 규정하고 있고(기간제법 시행령 제3조 제3항 제6호), 「근로자퇴직급여 보장법」(이하, 퇴직급여법)에서는 퇴직금을 주지 않아도 되는 근로자로 규정하고 있다(퇴직급여법 제4조 제1항 단서). 사회보험법제에서는 이러한 초단시간근로자를 다소 다르게 규정하고 있는데, 「국민연금법」은 “1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”인 경우 근로자에서 제외하도록 함으로써 이들이 국민연금법상 직장가입자가 아니도록 하고 있고(국민연금법 시행령 제2조 제4호), 「국민건강보험법」에서도 “1개월 동안의 소정(所定)근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”의 경우 직장가입자에서 탈퇴할 수 있도록 규정하고 있다. 「고용보험법」은 “1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)”에게는 적용되지 않는다(고용보험법 제10조 제2호, 시행령 제3조 제1항).

이와 같이 초단시간근로자는 근로자이면서도 근로시간이 짧다는 이유로 다른 근로자들과는 다른 처우를 받게 되는데, 교육행정과정에서는 정규직 전환 제외 대상자로 분류되어 불이익을 받기도 하였다. 검토대상사건에서 경기도 교육청은 상시적·지속적 직종에 종사하는 기간제 교육실무직원들의 고용불안을 해소하기 위해 일정 절차를 거쳐 재계약과 무기계약직 전환 추진을 위한 「교육실무직원 재계약 심사, 무기계약직 전환 세부 추진 매뉴얼」을 제작하였는데, 이 매뉴얼에서는 기간제근로자들이 교육실무직원 재계약 심사요청서를 제출하면 근무성적이나 직무태도 등이 양호한 경우 무기계약직으로 전환하도록 하였다. 다만 이 매뉴얼에서는 초단시간근로자는 무기계약직 전환 대상이 아님을 밝히고 있었다. 그런데 검토대상사건의 근로자는 근로계약상 소정근로시간을 14시간으로 정해둔 초단시간근로자였다. 문제는, 이 근로자가 근무기간 중 일상적으로 연장근로를 함으로써, 연장근로시간을 포함한 실근로시간은 15시간 이

상이었다는 점이다. 이 근로자의 법적 지위가 근로계약상의 소정근로시간에 따라 초단시간근로자일 경우에는 무기계약직 전환 제외 대상자가 되지만, 실근로시간에 따라 일반 단시간근로자일 경우에는 무기계약직 전환 대상자가 되는 것이다. 초단시간근로자는 법적으로도 많은 예외규정의 적용을 받아 근로자임에도 다른 근로자에 비하여 불이익한 처우를 받고 있는데, 초단시간근로자라는 법적 지위는 소정근로시간에 따라 판단해야 할지 아니면 실근로시간에 따라야 할지가 문제인 것이다.

필자는 이전에 다른 사건(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결) 검토를 하면서 “어떤 근로자가 초단시간 근로자에 해당하는가 아닌가 하는 것은 근로계약서의 소정근로시간으로 판단되는 것이 아니라”고 말한 바 있다.²⁾ 지금도 이 생각은 동일하다. 다만 당시에는 충분히 언급하지 못했던 세부적인 사항들을 여기에서 설명하고자 한다.

초단시간근로라는 근로형태는, 1주 15시간에 미치지 못하는 근로시간 동안만 근로를 제공하는 근로자들을 노동법상 다른 일반 근로자들과 동일하게 처우할 것인지 아니면 별도의 예외적 조항을 두고 운용할 필요가 있는지의 판단에 따라 설정된 하나의 기준일 뿐이다. 단시간근로라는 것이 통상 근로자에 비하여 짧은 근로시간 동안 근로를 제공하는 근로자들을 집합적으로 묶어 표현하는 용어일 뿐인 것과 같이 말이다. 통상 근로자보다 짧은 근로시간을 일하여 단시간근로자로 분류되는 근로자가 초과근로 등을 통해 통상 근로자와 같거나 보다 긴 근로시간 동안 일했음에도 불구하고 소정근로시간이 단시간근로자이기 때문에 시간비례 결정원칙에 따라 임금 등을 삭감하는 것이 정당하다는 평가를 받지는 못할 것이다. 초단시간근로자도 마찬가지로 소정근로시간이 1주간 15시간 미만(혹은 1개월간 60시간 미만)인 경우 주휴일이나 연차유급휴가권을 부여하지 않는 근로조건을 제공해도 된다고 「근로기준법」에는 규정되어 있지 않지만, 이 근로자가 실제로는 1주 15시간 이상 근로를 제공하는 경우에도 주휴일이나 연차유급휴가권을 부여하지 않아도 된다고 「근로기준법」이 허용해주는 것은 아니다.

근로계약은 노사간의 합의를 기반으로 한다. 소정근로시간은 노사간 합의에 따라 정한 근로시간이다. 근로자와 사용자가 초단시간 근로에 합의를 하였다면, 사용자는 합의한 대로 소정근로시간을 실근로시간으로 운영하면 된다. 그런데 사용자가 근로계약서상 소정근로시간대로 근로시간을 요구하지 않고 휴게시간을 대기시간으로 이용한다거나, 초과근로를 요구한다거나 했을 때 문제가 발생하는 것이다. 검토대상사건도 마찬가지이다. 적지 않은 경우 초단시간근로형태는 퇴직금지급이나 사회보험가입 등의 부담을 피하기 위해 형성되는 경향이 있다. 소정근로시간에서만 초단시간근로자로 설정해 두고 실제 운용은 그렇지 않음에도 불구하고 소정근로시간을 실근로시간에 앞세우게 된다면, 사실상 무수한 탈법의사를 용인해주는 결과를 초래할

2) 박은정(2015), 「기간제법상 사용기간제한을 받지 않는 ‘초단시간 근로자’ 판단을 위한 근로시간의 문제」, 『노동법학』 제53호, 한국노동법학회, p.243.

것이다.

다만 검토대상사건에서 판례는 초단시간근로자의 근로시간 문제를 실근로시간의 문제로 보지 않고 근로계약의 실질적 의사 문제로 판단하였다. 근로계약서의 문언에도 불구하고 노사 당사자의 의사는 소정근로시간을 적어도 15시간 이상으로 정한 것이라고 보는 것이 상당하다고 판단한 것이다. 결론에는 동의하지만, 법원과 같은 논리구성방식에 따르면 근로시간의 문제가 근로계약을 둘러싼 계약 당사자들의 의사해석문제로 전환되어 버린다. 그보다는 「근로기준법」 등 노동법제가 초단시간근로자에 대한 예외규정을 두고 있는 목적과 근로시간에 대한 실질적 판단을 통해 이 문제를 해결하는 것이 노동법적 문제를 해결하는 데 보다 타당한 접근방법이 아닐까 생각한다. **KLI**

박은정(인제대 공공인재학부 교수)