

# 노동판례리뷰

## 갱신기대권과 갱신 거절의 합리성

- 서울고등법원 2020. 1. 9. 선고 2019누49986 판결 -

### 【판결요지】

근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제될 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 사회 통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다.

갱신기대권의 법리를 살펴본다. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 기간제법)의 제정으로 현재는 효력을 상실한 근로계약 기간에 관한 근로기준법을 보면, ‘근로계약은 기간을 정하지 아니한 것과 일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 것 외에는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.’(제16조)고 규정하였다. 이 규정에 따르면, 근로계약은 ①기간의 정함이 없거나, ②일정한 사업의 완료까지 정하거나, ③1년 이내로 정하여야 한다. 근로계약 기간을 강행규정으로 정한 법의 취지는 장기계약에서 생길 수 있는 인신구속의 폐해를 예방하기 위함이다. 예컨대 ①의 기간의 정함이 없는 경우, 근로자는 사직의 자유로서 언제든지 근로관계의 구속으로부터 벗어날 수 있고, ②의 일정한 사업의 완료까지 근로계약 기간을 정하면, 노사 당사자는 근로계약의 종기를 예측함으로써 불측의 피해를 줄일 수 있으며, ③의 1년 이내 기간 설정은 장기계약에서 우려되는 근로자의 구속을 예방할 수 있는 것이다.

이러한 법의 취지를 사용자의 관점에서 재해석하면, ①의 기간의 정함이 없는 경우, 사용자

에 의한 해고는 제한됨으로써 근로계약관계 해소에는 ‘정당한 이유’ 입증이라는 시간과 비용이 들고, ②의 일정한 사업의 완료까지 근로계약을 정하면, 사용자는 근로자의 일방적 사직에 따르는 불측의 피해를 줄일 수 있으며, ③의 1년 이내 단기간 근로계약을 체결하면 필요에 따라 갱신할 수 있는 유연성을 확보할 수 있다. 이러한 법규정의 이해에서 사용자는 고용의 유연성을 확보하면서 해고에서 발생하는 비용과 긴장관계를 회피하는 방책으로 ‘기간제 고용’을 다양하게 활용하였다. 즉 근로기준법은 명시적으로 1년 이내의 계약이라면 반복갱신 횟수 및 총 근로기간을 제한하지 않고 있었으므로 사용자는 기간제 근로계약을 이용하여 해고법리를 피하면서 고용을 유연하게 조정할 수 있었다. 이를 기간제근로자의 입장에서 보면, 계약기간 만료에 즈음하여 사용자의 일방적 근로계약 종료통보(이른바 관념의 통지)로 고용이 종료(실질적으로는 해고)될 수 있다는 불안정한 지위에서 자신의 노동법상 권리조차 제대로 주장하지 못하는 열악한 상태에 놓이게 되었다.

불합리한 기간제고용의 문제를 해결하고자 기간제법이 2007. 7. 1. 시행되었다. 기간제법은 비정규직의 다수를 차지하는 기간제근로자를 보호하기 위하여 차별적 처우를 시정하고, 근속기간 2년 초과 시 기간의 정함이 없는 계약으로 전환하는 데에 그 목적을 두고 있다. 기간제법 시행 전까지는 기간제근로자의 고용보호는 법원의 해석에 맡겨졌다. 대법원은 ‘기간제 근로계약은 그 정해진 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료되는 것이 원칙이다’는 입장을 견지하면서, 기간을 정하여 채용된 근로자라 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것이고, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 본다는 법리를 형성하였다(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17843 판결). 그러나 기간제 근로계약이 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정받을 수 있는 요건을 매우 엄격하게 적용한다는 비판으로부터 법리의 확장이 필요하게 되었다. 이후 대법원은 한국문화정책개발원 사건 판결에서 ‘재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권’을 처음으로 인정하여 ‘갱신기대권’ 법리를 형성하였고(대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결), 서울특별시시설관리공단 사건 판결(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결)을 통해 갱신기대권 법리를 정립하였다.

대법원이 정립한 갱신기대권 법리는 다음과 같다. (1) 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 해당 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, (2) 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 체결된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 해당 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에 갱신기대

권이 인정되며, 갱신기대권의 존재에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자가 부담한다. (3) 정당한 갱신기대권에 대한 사용자의 갱신 거절이 유효하기 위해서는 사회통념상 상당하다고 인정할 수 있는 합리적 이유가 필요하지만, ‘합리적 이유’의 범위는 근로기준법 제23조 부당해고의 기준보다 완화된 기준을 적용하는 것이고, 갱신 거절의 이유가 되는 근로관계를 둘러싼 여러 사정은 사용자가 증명책임을 부담한다.

대상판결의 사실관계이다. 점토벽돌을 제조·판매하는 A사 서울사무소 영업팀에서 근무하던 원고 근로자 갑(이하 ‘갑’)은 매출부진으로 인한 서울사무실 폐쇄 등의 이유로 2017. 12. 회사로부터 사직 권고를 받았다. A사는 ‘매출부진 사유로 서울사무실을 폐쇄하기로 하였고, 본의 아니게 사직을 권고하며 근로 재계약을 하지 못하게 됨을 알려드린다’고 통지하였다. 이에 갑은 A사의 갱신 거절은 부당해고에 해당한다며 노동위원회에 구제신청을 하였고(중앙2018부해403), 기각되어 소송을 제기한 사안이다.

갱신기대권 법리에 따라 대상판결은 (1) 근로계약서에 명시된 계약기간이 단지 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 계약으로 볼 수 있는지 여부, (2) 계약기간의 정함이 있는 경우 계약기간 만료 후에도 근로계약이 갱신될 것이라는 기대권이 인정되는지 여부, (3) 갱신기대권이 인정되는 경우 갱신 거절의 합리성이 있는지 여부를 차례로 검토하였다.

첫 번째 쟁점에 대하여, 처분문서인 근로계약서를 3번 작성하면서 1차 근로계약서는 계약기간을 2016. 6. 13.부터 2017. 6. 12.까지로, 2차 근로계약서는 2017. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로, 3차 근로계약서는 2017. 4. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 각각 정하여 그 문언에 명확하게 기간을 정한 점, 회사가 계약기간의 정함이 없는 근로계약서(월급제)와 계약기간을 정한 근로계약서(연봉제)를 구분하고 있는 점, 갑이 담당하는 영업 업무는 영업실적에 따라 계약 연장 여부를 결정하여 탄력적으로 인력을 운영할 필요성이 있었다는 점 등을 들어 근로계약서상 계약기간이 형식에 불과하다는 갑의 주장을 배척하였다.

두 번째 쟁점에 대하여 대상판결은 근로계약서에서 ‘상호간 특별한 이의사항이 없으면 본 연봉계약의 효력 및 변경사항은 자동으로 연장 및 적용된다’고 규정한 점, 영업 직무 근로자의 경우 근로기간을 정하여 근로계약을 체결한 후 계약 만료 시 영업실적, 근태현황을 고려하여 재계약 여부를 결정한 점 등을 종합하여 보았을 때 A사와 갑 사이에는 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있으므로 갑에게 근로계약이 갱신될 수 있다는 정당한 기대권이 있었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

세 번째 쟁점은 사용자의 갱신 거절에 대한 합리적 이유의 존부이다. 이에 대하여 대상판결은 갑의 영업실적이 다른 영업사원들과 비교해 실적이 매우 저조했다고 객관적으로 인정하기 부족하고, 반면 갑이 담당하는 영업업무에 대하여 채용을 공고한 점, 갑의 근태가 정확했고 직원들과의 관계도 좋았다는 점 등을 들어 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때

객관적이고 합리적이며 공정하다고 보기 어렵다고 판단하였다.

대상판결의 특징은 일정한 실적이 요구되는 연봉제 영업직 근로자에 대하여 단지 ‘영업실적 저조’라는 이유만으로 갱신을 거부하는 것은 합리성이 있다고 보기 어렵다고 확인한 점이다. 요컨대 ‘영업실적 저조’가 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 사용자가 증명해야 하는 것이다. **㉮**

노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

## 병가 취득 요건 결여를 이유로 한 징계해고의 유효성

- 서울행정법원 2020. 2. 6. 선고 2018구합75504 판결 -

### 【판결요지】

임금협정서 제7조 제2항 제2호는 ‘몸이 아파 승무가 불가능하여 의사의 진단서 및 소견서를 제출’하면 30일까지 정당하게 결근할 수 있다고 정하고 있지만 취업규칙 제40조 제1호 본문에서 ‘종업원이 질병 기타 부득이한 사유로 결근을 하고자 할 때에는 24시간 전에 결근계를 제출하여 회사의 승인을 얻어야 한다’는 취지로 정하고 있다. 원고 회사는 위 취업규칙 조항을 근거로 참가인 근로자는 원고로부터 병가 승인을 받았어야 함에도 그러하지 아니하고 출근하지 않았기 때문에 무단결근이라고 주장한다. 그러나 원고 회사가 제출한 증거만으로는 임금협정서의 내용보다 취업규칙의 내용이 우선적으로 적용되어야 한다고 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없고, 원고 소속 택시 운전기사들이 병가신청을 할 때 원고로부터 승인을 받아 왔다는 사정 또한 확인되지 않기 때문에 원고 회사의 주장을 받아들일 수 없어 무단결근의 징계 사유에는 해당하지 않는다. 또한, 원고 회사는 참가인 근로자의 병가 신청이 허위라고 주장하지만, 참가인 근로자가 병원에 정기적으로 방문하지 않았고 병가 중 다른 노동조합의 집회 현장에 2회 방문하였다는 것만으로는 병가신청이 허위라고 단정하기 어렵기 때문에 원고 회사의 주장도 받아들이기 어렵다.

코로나19사태로 인하여 업무외의 사유에 의한 병가를 법제도적으로 도입하여야 한다는 주장이 본격적인 정책의제로 등장하고 있다. 이러한 병가는 적지 않은 기업에서 취업규칙이나 단체협약 등을 근거로 인정하고 있지만<sup>1)</sup> 병가가 사법적인 방식으로 규정되어 있기 때문에 어떠한 조건하에서 병가가 인정되는 것인지는 역시 당해 단체협약과 취업규칙의 구체적인 문언

1) 2008년부터 매년 실시하고 있는 「일가정 양립 실태 조사」의 2016년 기준 결과를 보면 급여 지급 여부와 관계없이 병가 제도가 있는 사업체는 전체의 70.4%였는데, 유급병가의 비율은 49.5%였다. 사업장 규모별로 볼 경우 무급병가까지 포함한 병가 제도 도입률은 300인 이상 사업장의 94.0%(유급은 65.0%)이고 5인 이상 9인 미만 사업장의 경우에도 62.0%(유급은 50.0%)였다(이 조사는 5인 이상 사업체로 1,000개 표본에 대해 진행되며 표본사업체의 인사 담당자가 관련 설문지를 작성하는 방식으로 진행되는데, 연구는 한국여성정책 연구원에 위탁하여 진행되고 있다). 보다 정확한 실태를 알기 위해서는 단체협약과 취업규칙을 모두 조사하여야 할 것이지만, 한국보건사회연구원이 25개 지방고용노동청이 관할하는 상시 노동자 10명 이상 사업장의 취업규칙을 업종별(제조업·건설업/서비스업), 규모별(10~99명/100~299명/300명 이상) 기준으로 각 노동청당 20여 개씩 뽑아 분석한 결과를 보면, 유급병가를 보장하는 기업은 7.3%에 불과하였지만, 유급이든 무급이든 병가를 취업규칙에 명시한 기업은 57.8%였다(김수진 외(2018), 『질병으로 인한 가구의 경제활동 및 경제상태 변화와 정책과제』, 한국보건사회연구원, p.199 이하).

을 보아야 알 수 있다. 이러한 상황에서는 병가의 인정 여부를 둘러싸고 분쟁이 발생할 가능성이 있는데, 이 판결의 사안은 이를 잘 보여준다.

이 사건의 취업규칙과 임금협정을 보면, 어디에도 명문으로 ‘병가’라고 규정하고 있지 않다. 취업규칙 제40조는 제1항에서 “결근”이라는 표제하에 “종업원이 질병 기타 부득이한 사유로 결근을 하고자 할 때에는 24시간 전에 결근계(별지 5호 서식)를 제출하여 회사의 승인을 득하여야 한다. 단, 급박한 사정이 있을 때에는 유선 또는 구두, 대리로 전달하되, 사후 즉시 문서화하여야 한다.”고 하고 있고, 제2항에서는 “질병으로 인한 결근이 3일 이상인 때에는 의사의 진단서를 첨부하여야 한다.”고 하고 있다. 이어서 제42조에서는 “무단결근”이라는 표제하에 “종업원이 제40조의 규정에 의하여 24시간 전에 결근 신고 또는 허가를 받음이 없이 결근하였을 때는 회사는 무단결근자로 처리한다.”고 하고 있다. 회사의 승인을 받는 방법에 대해서는 인사복무규정 제18조가 정하고 있는데, “질병 또는 부득이한 사유로 결근하고자 할 때는 24시간 전에 결근계를 제출하여 총무과장 및 담당 부장의 결재를 득하여야 한다.”고 하고 있다.2) 이와 같이 사건의 임금협정과 단체협약은 병가를 결근의 예외로서 취급하는 방식으로 인정하고 있다.

그런데 이 사건의 취업규칙과 인사복무규정에는 질병으로 인한 결근에 대해서 유급 여부를 규정하고 있지 않다. 유급 여부에 대해서는 단체협약인 임금협정서에 규정되어 있는데, 임금협정서 제7조(“기본급”)는 다음과 같이 규정하고 있다.

- ① 기본급은 …… 산정하며, 이에는 주휴수당이 포함된 것으로 하고 정당한 사유로 결근한 자는 기본급 전액을 지급한다.
- ② 정당한 결근자라 함은 다음 각 호에 의한다.
  1. …
  2. 몸이 아파 승무가 불가능하여 의사의 진단서 및 소견서를 제출하였을 때(30일까지). 단, 연 2회를 초과하거나 자해사건은 제외하며 연간 2회라 함은 최초발생일로부터 연간 2회로 한다.

이 사건에서 참가인 근로자는 2017. 6. 1. 모 정형외과에 내원하여 병가를 위한 진단서를 발급받아 원고 회사에 제출하면서 병가를 요청하였는데, 이 진단서에는 ‘향후 2주간의 가료가 필요하다는 취지’가 기술되어 있었다. 이에 원고는 병가를 확인하고 병가에 따른 임금을 지급

2) 이와 같이 원칙적으로 사전에 결근계를 제출하여 승인을 받지 않은 경우에는 무단결근으로 처리되는데, 무단결근은 일반해고 및 징계해고 사유이다. 즉, 이 사건의 단체협약 제61조(해고)의 제3호는 “무단결근 6일(격일제 3일) 하였을 때.”를 해고 사유로 정하고 있고, 인사복무규정 제44조(“징계처분의 적용”)에서는 징계해고의 사유로서 “3. 무단결근 6일(해당 근무일) 했을 때”라고 규정하고 있다.

하기 위해서는 진료내역 등이 필요하다고 하면서 제출하라고 구두로 요구하였으나 참가인 근로자가 이에 불응하였다. 참가인 근로자는 2주간 결근하였는데, 원고 회사는 2017. 7. 3. 참가인 근로자에게 진료 내역서를 제출하면 영수증 등과 함께 검토하여 참가인 근로자에게 6월분 급여에서 병가를 반영하여 지급하겠다고 통보하였다. 하지만 참가인 근로자는 이에 불응하였고 원고 회사는 2017. 7. 17. 참가인 근로자에게 이미 제출한 진단서와 함께 치료를 받은 내역서를 제출하라는 취지를 다시 통보하였다. 참가인 근로자가 역시 이에 불응하였고, 이에 원고 회사는 2017. 7. 27. 참가인 근로자에게 병가신청취소를 통보하였다. 그리고 원고 회사는 참가인 근로자가 2017. 6. 1.부터 2017. 6. 14.까지 무단결근을 한 것으로 판단하여 인사복무규정 등에 따라서 징계하고 사유에 해당한다고 하여 여타의 사유<sup>3)</sup>와 함께 징계사유로 삼아 참가인 근로자를 징계하고하였다. 참가인 근로자의 부당하고 구제신청에 대해서 초심은 신청을 받아들였고, 중앙노동위원회는 원고 회사의 재심 신청을 기각하였다.

이 사건 판결의 핵심적 쟁점은 위 기간 동안의 결근이 무단결근에 해당하는지에 있다. 이 사건 판결은 취업규칙 제40조 제1호의 승인 규정이 적용되어야 한다는 원고 회사의 주장을 배척하고 임금협정서 제7조 제2항 제2호를 적용하면서 병가 신청도 허위가 아니라고 하여 위 결근이 무단결근에 해당하지 않는다고 하고 있다. 이 사건 판결은 매우 간단하게 판단하고 있지만, 쟁점을 크게 두 가지로 정리해 볼 수 있다. 첫째는 병가의 법적 근거가 무엇인지에 관한 것이고, 둘째로는 그 법적 근거에서 정하고 있는 병가의 요건을 어떻게 보아야 하는지이다.

이 사건 판결은 병가의 법적 근거를 임금협정에서 찾았다. 그 이유는 명확하지 않지만, 임금협정 제7조 제2항에서 정당한 결근자가 누구인지를 규정하고 있는 이상 단체협약인 임금협정이 취업규칙보다 우선한다는 관점에서 임금협정의 우선 적용을 긍정한 듯하다. 이 사건 임금협정서 제7조 제2항 제2호는 취업규칙에서 정하고 있는 병가에 대해서 그것이 유급이라는 취지를 규정하고 있는 것이 아니라 새롭게 ‘유급 병가’를 그 요건과 함께 규정하고 있다는 취지로 볼 수 있기 때문에 이와 같은 해석은 타당하다. 다만, 이 사건 판결이 ‘원고 회사가 소속 근로자가 병가신청을 할 때 원고 회사로부터 승인을 받아 왔다는 사정이 확인되지 않는다는 점’을 언급하고 있는 것에는 무슨 의미가 있는 것인지 알 수가 없다. 임금협정을 우선하여 적용한다는 것을 확인한 이상 다시 ‘병가신청을 할 때 회사로부터 승인을 받아 왔다는 사정’이 있는지를 검토하는 것은 불필요하기 때문이다. 즉, 이 사건에서 쟁점은 ‘회사의 승인’이라는 절차가 필요한지 여부이고, 승인이 불필요하다는 것의 근거를 이 사건 판결은 임금협정서 제7조 제2항 제2호에서 찾고 있기 때문이다.

다음으로 병가의 법적 요건에 대해서 이 사건 판결은 임금협정서는 병가 요건을 ‘몸이 아파

3) 이 사건에서 원고 회사가 징계사유로 든 것은 무단결근 이외에 배차승무지시위반 및 차량 무단 사적 사용, 유가보조금의 편취이다. 이 사건 판결은 이들 사유 모두 징계사유에 해당하지 않는다고 판단하였다.

승무가 불가능할 것'과 '의사의 진단서 및 소견서를 제출할 것'만을 정하였고, 병가 중에 병원을 정기 방문해야 한다는 요건은 정하지 아니하고 있다고 하고 있다. 특히 '몸이 아파서 승무가 불가능한 상태'로 인정되기 위하여 반드시 주기적인 병원 방문이 필요하다고 보기는 어렵고 집에서 요양하며 병을 치료하는 경우도 충분히 있을 수 있다고 하고 있다. 이와 같이 보면 이 사건 임금협정과 동일한 문언하에서 병가 취득 여부에 있어서는 의사의 진단서나 소견서가 가지는 의미가 절대적이라고 할 수 있다. 즉, '몸이 아파 승무가 불가능할 것'이라고 하는 요건의 충족 여부는 독자적으로 의미를 갖기 매우 어렵게 된다. 이 사건에서 원고 회사는 참가인 근로자가 병가 기간 중에 다른 노동조합의 집회 현장에 2차례 다녀갔었다는 점 등을 들어서 참가인의 병가신청이 '허위'였다고 하여 '몸이 아파 승무가 불가능할 것'이라는 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였다. 이에 대해서 이 사건 판결은 이러한 사실만으로는 '승무가 가능한 상태'였는지를 단정하기 어렵다고 하고 있다. 나아가 원고 회사가 '참가인 근로자가 농성하는 것을 목격했다'라는 취지의 확인서를 증거로 제출한 것에 대해서도 그 진술 내용만으로는 당시 참가인 근로자의 몸 상태를 구체적으로 알기 어렵다고 하고 있다. 이로부터 보면 '몸이 아파 승무가 불가능할 것'의 판단은 그것이 법규법적 관점에서의 판단이라고 할지라도 실질적으로는 주로 의학적 판단에 의지할 수밖에 없을 것이다.

그렇다고 하더라도 병가를 그 취득 목적 이외로 사용한 경우에 대한 법적 평가는 남을 것이다. 이 사건에서는 쟁점이 되지는 않았지만, 병으로 인하여 업무수행이 불가능한 경우에만 가능한 병가를 얻었음에도, 그에 따른 가료 등을 하지 아니하고 농성을 하여 병가를 본래의 목적대로 사용하지 않은 것은 질서유지의무와 품위유지의무를 위반한 것으로 징계사유에 해당한다고 한 하급심 판결<sup>4)</sup>도 있다. **KLI**

정영훈(국회미래연구원 연구위원)

4) 서울행정법원 2000. 5. 9. 선고 99구26937 판결.

## 해고예고수당의 적극적 수령과 퇴직합의

- 서울행정법원 2020. 3. 12. 선고 2019구합4899 판결 -

### 【판결요지】

- 1) 사용자의 출근명령에도 불구하고 근로자가 출근하지 않은 것이 노사간 퇴사합의를 인정하게 할 만한 사정에 해당하지 아니한다.
- 2) ‘해고예고수당을 받았다’는 사실은 근로자의 의사에 반하여 일방적 의사로 근로자와의 근로관계를 종료하였다는 사실과 얼마든지 양립하는 것이므로 위와 같은 사정을 들어 노사간 퇴직합의를 인정할 수는 없다.
- 3) 해고된 후 다른 회사에 취업하였다가 자신이 퇴사하게 될 것임을 예상하여 부당해고구제신청을 하였더라도 그것이 노사간 퇴사합의가 있었다고 인정할 사정에 해당하지 아니한다.

### 1. 사실관계와 노동위원회의 판정

근로자는 A회사에 입사하여 B회사 대표이사 C의 수행기사로 근무하던 중 2018. 9. 28. C로부터 해고통지를 받았다. 근로자는 해고통지를 받은 다음 날인 2018. 9. 29.부터 출근을 하지 않고 있던 중, 2018. 10. 10. B회사로부터 출근을 하라는 연락을 받았지만 출근하지 않았고, 2018. 10. 10. 지방고용노동청에 회사를 상대로 ‘해고예고수당 미지급’을 이유로 한 진정을 제기하는 한편, 2018. 10. 19. D회사에 입사를 하였다. 입사 전 근로자는 회사와 통화하면서 4대보험 피보험자격 상실일을 2018. 10. 15.로 해줄 것을 요청하는 한편, 구체적 상실사유는 ‘개인사유’로 기재하였다. 진정사건과 관련하여 B회사는 ‘퇴직위로금’이라는 명목으로 해고예고수당에 상당하는 금품을 2018. 11. 9. 근로자에게 입금하였고, 근로자는 ‘합의, 해고예고수당 지급받음’을 이유로 진정을 취하하였는데, 2018. 12. 24. 근로자는 부당해고구제신청을 하는 한편, D회사에서는 2019. 1. 4. 퇴사하였다. B회사는 다시 근로자에게 출근하라는 취지의 내용증명을 2019. 2. 1. 발송하였지만, 근로자는 이를 수령한 후 원직복직이 아니라는 이유로 출근하지 않았다(당초 근로자는 B회사 대표이사의 주소지인 서울 서초구에서 근무하였지만, 복직명령에 따른 출근장소는 전북 김제시였다).

근로자의 부당해고구제신청에 대하여 초심지노위(서울지노위 2019. 2. 19. 2018부해2990)는 해고가 존재하였음을 인정하고 해고사유와 시기의 서면통지의무 위반을 이유로 구제신청을 인용하였고, 중노위(중노위 2019. 5. 21. 중앙2019부해333)는 근로자와 사용자 간의 근로관계가

합의종료되었음을 이유로 초심판정을 취소하는 재심판정을 하였다. 중노위는 회사의 권고사직 이후 근로자가 출근하지 않은 점, 회사의 출근명령에도 응하지 않은 점, 고용보험 피보험자격 상실일자를 조정하려고 한 점, 회사로부터 퇴직위로금을 받은 점 등에 기초하여 근로자가 해고된 것이 아니라 권고사직에 응한 근로계약관계의 합의해지라고 판단하였다.

## 2. 대상판결의 요지

검토평대상판결은 중노위 재심판정을 취소하였다. 근로자의 근로관계가 B회사 대표이사에 의하여 일방적으로 종료되었고, 근로자가 B회사의 출근명령에 불응한 사실이 있기는 하지만 이러한 사정이 퇴사합의를 인정하게 할 만한 사정에 해당하지 않으며, 특히 새로운 출근장소가 기존의 출근장소로부터 너무 멀리 떨어져 있었다는 점, 근로자가 지방고용노동청에 제기한 진정은 해고예고수당을 받기 위한 것이었고 실제 이를 통해 근로자가 해고예고수당을 받기는 하였지만 그 사실은 해고의 사실과 얼마든지 양립할 수 있어 해고예고수당을 받았다는 것으로부터 근로자의 퇴직합의를 인정할 수는 없다는 점을 이유로 하였다. 나아가 법원은 B회사로부터 해고된 후 D회사에 재취업한 것이 근로자가 B회사의 퇴사에 합의했다고 인정할 만한 사정이 아니라고 하면서, “부당해고를 당한 근로자가 생계를 유지하기 위하여 급하게 다른 기업에 입사하는 일은 이례적인 일이 아니고, ‘새로운 직장을 찾은 이상 굳이 시간과 노력을 들여 기존 직장에서의 해고를 다툴 필요가 없다’고 판단하는 일 또한 이례적인 일이 아니”기는 하지만 “‘새로운 직장이 자신에게 맞지 않아 퇴사를 결정하는 과정에서 지난 직장에서의 해고를 다투기로 마음먹는 일’ 또한 얼마든지 가능”하므로, 그러한 사정이 있다고 하여 지난 직장에서의 해고가 퇴사합의에 의한 근로관계 종료로 변하게 되는 것 또한 아니라고 판단하였다. 이에 따라 법원은 사용자의 일방적 의사표시에 의한 해고에도 불구하고 해고사유와 해고시기에 대한 서면통지가 없었음을 이유로 이 사건 해고가 무효라고 보았다.

## 3. 검토

상당한 지면을 들여 이 사건의 사실관계와 노동위원회 및 법원의 판단 내용을 살펴본 것은 이 판결이 갖는 세 가지의 의미를 말하고자 함이었다. 첫째는 사용자의 복직명령에도 불구하고 부당해고를 인정하였다는 점이고, 둘째는 근로자의 적극적인 해고예고수당 청구권 행사에도 불구하고 근로계약의 합의해지를 인정하지 않았다는 점이다. 마지막으로 해고 후 새로운 직장에 취업한 것이 근로관계의 종료에 대한 합의를 의미하는 것은 아니라고 본 점이다.

첫 번째의 점과 관련하여, 근로자의 부당해고구제신청이 지방노동위원회 단계에서 각하되

는 적지 않은 경우는 근로자의 부당해고구제신청 후 사용자의 복직명령이 있을 때이다. 대법원 판례에서는 “근로자가 부당전보 내지 부당해고 구제신청을 하여 전보명령과 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 전보명령과 해고처분을 철회 내지 취소하고 근로자를 복직시켰다면, 근로자로서는 구제를 구하는 사항이 위 복직 등에 의하여 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성하였으므로, … 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익은 소멸한다.”고 보고 있다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결). 특히 노동위원회의 구제신청제도는 “구제명령을 통하여 정당한 이유 없이 해고된 근로자를 신속하게 원직에 복직시키는 데 그 의의가 있는 것”이기 때문에, 부당해고구제신청을 한 근로자에게 사용자가 복직명령을 한 경우에는 해고의 철회 내지 취소 효과가 발생함에 따라 구제신청의 목적이 달성되었고, 이에 따라 구제신청의 이익이 없어지게 되는 것이다.<sup>1)</sup> 부당해고구제신청 후 이루어지는 사용자의 복직명령은 부당해고구제신청에 대응하기 위한 진정성 없는 복직명령이라는 주장이 근로자 측에 의해 이루어지기도 하지만 그러한 주장이 쉽게 인정되는 것은 아니다. 사용자의 복직명령은 구체적인 근로조건이 밝혀지지 않은 채 이루어지는 경우도 많은데, 그러한 사정이 복직명령의 진의를 판단하는 데 쉽게 영향을 미치지 않는다는 점이다. 일단 사용자의 복직명령으로 근로자에 대한 해고의 철회 내지 취소 효과가 발생하였다고 볼 수 있게 된다면, 근로자의 부당해고구제신청의 구제이익은 사라지게 되는 것으로 판단해 왔다. 그리고 사용자의 복직명령이 있었음에도 불구하고 근로자가 출근을 하지 않으면서 근로를 제공하지 않는 것은 근로자의 귀책사유로 인한 것이라고 판단하였다(대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카27389 판결 참조). 명확하게 사용자의 복직명령 후 근로자가 근로를 제공하지 않은 것이 근로계약의 합의해지를 의미하는 것인지 여부에 대해서는 밝힌 바 없지만, 사용자의 해고취소와 복직명령 후 근로자가 출근하지 않고 근로를 제공하지 않는 것은 출근의무를 이행하지 않는 것이 근로계약의 합의해지인지, 혹은 ‘근로자의 귀책사유’라는 것은 결국 복직명령에 불응하여 출근하지 않으면 그것이 근로자의 무단결근에 해당할 수 있는 것인지, 그래서 사용자는 임금지급의무를 부담하지 않으면서 무단결근에 따른 새로운 징계해고를 강행할 수 있는지에 대한 논란의 여지가 있을 수 있다.

검토대상판결은 먼저, 근로자가 사용자의 복직명령에 응하지 않은 것이 근로계약의 합의해지를 의미하는 것은 아니라는 것을 말하였다. 법원은 근로자가 출근명령에 불응한 이유, 즉 출근지의 변경이라는 근로조건 변경 측면에 대해서도 언급하여 “새로운 출근장소로 지정된 김제시가 기존 출근장소였던 서울 서초구로부터 너무 멀리 떨어져 있었기 때문”에 근로자가 출근명령에 응하지 않았던 것이라고 하였다. 복직명령 시 합의되지 않은 근로조건 변경은 복직명령에 대한 사용자의 진의를 의심하게 할 수 있고, 근로조건 변경에 근로자가 동의하지 않은 것이 근로계약의 합의해지를 의미하는 것은 아니라는 점인바, 복직명령에

1) 서울지노위 2019. 12. 19. 서울2019부해2816, 경기지노위 2020. 2. 20. 경기2019부해2919 등 참조.

응하지 않고 근로자가 부당해고구제신청을 이어가는 경우 부당해고구제신청의 구제이익이 존재하는 것으로 판단한 것이다. 따라서 사용자의 복직명령이 ‘원직복직’이 아니면서 근로조건 합의되지 않은 변경을 가져오는 경우, 근로자는 부당해고구제신청을 이어갈 이익을 갖게 되고, 사용자의 복직명령에도 불구하고 근로자에 대한 부당해고는 여전히 진행되고 있는 것이므로 근로자의 출근의무 불이행은 무단결근이 아니게 되며, 원직복직을 하지 못하고 있는 기간에 대해서는 부당해고에 따른 사용자의 임금지급의무 또한 사라지지 않게 되는 것으로 해석할 수 있다. 검토대상판결이 사용자의 근로조건 변동을 전제한 복직명령과 근로자의 복직명령 불응은 근로계약의 합의해지가 아니라고 판단한 것은 지금까지 다소 부족했던 해석의 공백을 채우는 의미를 갖는다.

두 번째 점과 관련하여, 통상적으로 근로자가 해고예고수당 등 근로관계의 종료에 따른 금품에 대한 청구권을 적극적으로 행사하는 경우, 근로자가 근로관계의 종료에 합의를 한 것으로 인식되기 쉽다. 특히 그 권리의 행사가 고용노동청에 대한 진정의 제기를 통해 이루어지고, 진정이 제기된 후 진정취하를 위한 사용자와의 합의 시 부제소합의를 덧붙이는 경우가 많은데, 이 부제소합의로 인해 근로관계종료에 대한 합의의 의사가 추정되기도 한다. 부제소합의의 대상이 해고예고수당에 국한되는 것이 아니라 해고 자체에 대한 부제소합의가 되거나, 그렇게 해석해버리고 마는 경우들이 있기 때문이다. 부제소합의의 효력과 합의문 자체에 대한 법률적 판단을 충분히 할 수 없는 근로자들이 진정 취하와 그것을 위한 합의문 작성으로 예기치 않게 권리구제수단의 상실이라는 피해를 받게 되는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 노사간 해고를 둘러싼 부제소합의문을 작성하는 경우 그것이 근로관계의 종료에 대한 합의인지, 아니면 특정 금품에 대한 합의인지를 명확하게 하는 것에 대한 특별한 주의가 필요한데(이 주의는 근로자 뿐만 아니라, 진정사건을 다루는 근로감독관에게도 요구된다), 해고예고수당에 대한 부제소합의는 해고에 대한 부제소합의가 아니라는 것, 특히 검토대상판결에서 법원이 말하고 있는 것과 같이 근로자의 해고예고수당에 대한 적극적 청구와 해고는 양립할 수 있는 사실이라는 것에 대한 인지가 요구된다. 엄밀하게 말하여 해고예고수당은 「근로기준법」 제26조에 따라, 해고에 대한 30일 전의 예고를 대신하는 금품일 뿐이다. 해고예고 후 30일이 지나 해고가 되었다고 해서 그것이 해고가 아닌 것이 되는 것은 아닌 것과 같이, 해고예고수당이 지급되었거나 혹은 즉시해고된 근로자가 지급받았어야 할 해고예고수당을 적극적으로 청구하였다고 하여, 또한 해고예고수당을 청구하는 고용노동청에 대한 진정의 접수를 사용자와의 합의하에 취하하였다고 하여 그 해고가 해고 아닌 것이 되는 것은 아닌 것이다. 그러므로 검토대상판결에서 법원이 “근로자가 해고예고수당을 받기는 하였지만 그 사실은 해고의 사실과 얼마든지 양립할 수 있다”고 지적한 것은 적절하였다.<sup>2)</sup>

2) 검토대상판결에서 법원은 사용자가 근로자의 진정을 취하시킬 목적으로 지급한 금품을 해고예고수당이라고

한편, 이 판결에서는 해고 후 새로운 직장에 취업한 것이 근로관계의 종료에 대한 합의라고도 보지 않았다. 특히 금전보상명령의 독립적 구제이익을 인정한 대법원 판결(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 판결)에 따라, 복직의 가능성이 없더라도 부당해고구제신청의 구제이익을 인정할 수 있게 되었는데, 검토대상사건에서 근로자는 다른 회사에 잠시 취업을 하였다 퇴사를 앞두고 부당해고구제신청을 하였다. 다른 회사에 취업한 것이 곧 이전 회사와의 근로관계의 합의해지를 의미하는 것으로 보아 온 것이 지금까지의 경향이라고도 할 수 있을 것인데, 검토대상사건에서 법원은 근로자의 사정을 들어 부당해고를 당했다라도 재취업할 수 있다는 것, 또 재취업을 했다가도 자신과 맞지 않아 퇴사를 결정하면서 이전 회사에서의 부당해고를 다투기로 마음먹는 일이 얼마든지 가능하다고 보면서, 이러한 사정이 있다고 하여 지난 직장에서의 해고가 퇴사합의에 의한 근로관계 종료로 변하게 되는 것은 아니라고 밝혔다. 필자가 최근에 읽은 판결문 가운데 근로자 측의 사정을 가장 적극적으로 해석한 판결이었다. 특히 부당해고구제신청은 원직복직만을 목적으로 하지 않고 금전보상명령을 목적으로 할 수도 있는바, 해고 후 재취업이 부당해고구제신청에 대한 구제이익을 결정하는 요인이 될 수 없음은 당연하고, 설사 금전보상명령을 목적으로 하는 구제신청이 아니더라도 재취업회사와의 근로관계를 종료한 후 원직복직될 수도 있음을 전제해야 할 것이다.

근래 법원이 노동위원회의 부당해고구제신청에 대한 구제이익의 범위를 점차 정상화시켜가고 있다는 생각이 든다. 앞서 예를 든 금전보상명령의 독립적 구제이익의 인정이라든가, 이에 따라 기간을 정한 근로계약을 체결한 근로자라도 기간 종료 후 부당해고구제신청을 할 수 있다고 본 것이라든가, 지금의 검토대상판결에서와 같이 기존의 사례들에 기초한다면 아마도 해고가 존재하지 않았을 것이라고 판단하게 만들었을 사정들을 근로자 편에서 적극적으로 해석함으로써 구제이익을 인정하는 등으로 말이다. 구제이익에 대한 해석에 있어서 노동분쟁해결전문기구인 노동위원회의 해석이 법원에 의해 이끌려지고 있다고 느껴지는 점은 다소 유감스럽다. 노동위원회가 부당해고구제신청에 있어서 구제이익에 대한 접근을 어떻게 해 나갈 것인지는 앞으로 노동위원회에 맡겨진 과제이다. **KLI**

박은정(인제대학교 법학과 교수)

보고 있는데, 이는 근로자가 취하이유서에 적은 사유(해고예고수당 받음)에 기초한 것으로 볼 수 있다. 그런데 중노위는 이 사건에 대하여 근로자가 출근명령에 응하지 않고 출근하지 않은 것, 다른 회사에 취업한 것, 고용보험 피보험자격 상실일자의 조정을 요구한 것에 더해 근로자가 '퇴직위로금'을 사용자로부터 받은 것을 이유로 이 사건에서는 "당사자 간 합의에 의해 근로관계가 종료되어 해고는 존재하지 않는다"고 하였다. 즉 사용자가 근로자에게 지급한 금품을 해고예고수당이 아닌 퇴직위로금이라고 본 것인데, 사실관계에서 드러나듯 사용자가 지급한 형식상 퇴직위로금은 근로자의 해고예고수당청구를 위한 진정을 취하시키기 위한 목적이었던 바, 이는 합의금이 아닌 해고예고수당이었다. 중노위는 사용자가 지급한 금품의 성질을 오독하는 오류를 범하였던 것으로 보인다.