

## 노동판례리뷰

### 진폐 재해위로금의 성격과 산정기준

- 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두61717 판결 -
- 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두60523 판결 -

#### 【판결요지】

진폐증의 특성을 기초로 관련 규정의 내용과 폐광대책비 일환으로 지급되는 재해위로금의 입법목적을 종합하여 보면 폐광된 광산에서 진폐로 인한 업무상 재해를 입고 장애등급이 확정된 근로자가 개정 산재보험법 시행일 이후에 사망하여 그 유족이 유족급여가 아닌 진폐유족연금을 받게 되었더라도 석탄산업법령에서 규정한 유족보상일시금 상당액의 재해위로금 지급대상에 해당한다.

망인은 1986년부터 1991년까지 무연탄 광업소에서 채탄부 광원으로 근무하다가 퇴직하였고 광업소는 1991년 폐광되었다. 망인은 광업소 근무 중인 1987년 산업재해보상보험법에 따른 진폐증으로 장애등급 11급 판정을 받고 장해보상일시금을 지급받았다. 이후 진폐증은 계속 악화되어 2005년 장애등급 9급 판정을 받고 장해보상일시금을 지급받았으며, 2008년에는 장애등급 5급 판정을 받고 장해보상연금을 지급받았다. 그 후 망인은 2016년 진폐로 인하여 사망하였고 원고는 망인의 배우자로서 2016년부터 산업재해보상보험법에 따른 진폐유족연금을 지급받았다. 한편, 원고는 2017년 석탄산업법령에서 정한 재해위로금을 청구하여 한국광해관리공단으로부터 약 1억 2백만 원을 지급받았다. 이 재해위로금은 망인 및 원고가 지급받았던 장해보상일시금 및 장해보상연금을 기초로 산정되었다. 그러나 원고는 유족보상일시금과 성격이 동일한 장해보상연금만을 기초로 산정한 재해위로금 약 2억 5천만 원을 지급하여야 한다고 주장하면서 서울행정법원에 재해위로금 부지급처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.<sup>1)</sup>

1) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두61717 판결의 사실관계를 정리한 것이다.

이 판결의 쟁점은 구 석탄산업법 시행령(1993. 3. 6. 대통령령 제13870호로 개정되기 전의 것) 제41조 제3항 제5호의 해석이다. 법률 해석에서 문리적 의미를 중시할지 아니면 그 취지를 강조하여 목적론적 해석을 할 것인지라는 고전적 주제를 다루고 있는데 이를 통하여 진폐증이라는 채탄산업 종사 노동자에게 발생하는 악성 질병의 성격과 이에 대한 보상의 역사를 되짚어 볼 수 있는 의미있는 사례이기도 한다.

구 석탄산업법 제39조의3 제1항은 “폐광대책비의 지급대상이 되는 광산의 석탄광업자가 당해 광업권·조광권 또는 계속작업권의 소멸등록을 마친 때에는 석탄산업합리화사업단은 당해 광산의 퇴직근로자 및 석탄광업자등에게 다음 각 호의 금액을 폐광대책비로 지급하여야 한다.”라고 규정한다. 그리고 제4호에서 기타 대통령령으로 정하는 폐광대책비를 규정한다. 이 위임조항을 받은 것이 구 석탄산업법 시행령 제41조 제3항 제5호이다. 규정은 다음과 같다. “폐광일로부터 소급하여 1년 이내에 업무상 재해를 입은 자로서 폐광일 현재 장애등급이 확정된 자 또는 재해발생기간에 불구하고 폐광일 현재 장애등급이 확정되지 아니한 자에 대하여 지급하는 재해위로금의 경우 퇴직근로자가 지급받은 산업재해보상보험법 제9조의5 제1항의 규정에 의한 장해보상일시금 또는 동법 제9조의6 제1항의 유족보상일시금과 동일한 금액으로 한다.”

원고가 다투고 있는 것은 자신이 지급받을 재해위로금은 장해보상일시금을 기준으로 산정할 것이 아니라 유족보상일시금을 기준으로 산정하여야 한다는 것이다. 여기서 유족보상일시금은 유족연금을 기준으로 산정하는데 원고는 비록 자신이 유족연금이 아니라 장해보상연금을 지급받고 있지만 이것을 유족연금으로 취급하여야 한다고 주장한다. 그리고 그 근거는 주로 산업재해보상보험법의 연혁상 양자는 동일한 연금이라는 것이다.

산업재해보상보험법이 2010년 개정(법률 제10305호)되기 전에는 진폐근로자는 다른 업무상 재해 근로자와 동일하게 요양급여, 휴업급여, 장애급여(장해보상일시금 또는 장해보상연금), 유족급여(유족보상연금 또는 유족보상일시금), 상병보상연금, 장의비 등을 지급받았다. 그런데 당시 규정에 따르면, 진폐근로자는 휴업급여와 상병보상연금을 함께 지급받아 다른 재해근로자와의 형평성 문제가 제기되었고 아울러 진폐근로자나 유족이 장애급여나 유족급여를 일시금으로 지급받은 후 단시일 내 소진하는 경우가 종종 생기면서 진폐근로자나 유족의 생활보장이라는 당초 보상제도의 취지가 유지되지 못한다는 비판도 잇달았다. 이에 따라 2010년 산업재해보상보험법을 개정하여 보상 유형을 요양급여, 간병급여, 장의비, 직업재활급여, 진폐보상연금 및 진폐유족연금으로 변경하였다. 즉, 요양 중 받던 생활보장 목적의 급여를 모두 연금으로 지급하고 유형도 진폐보상연금과 진폐유족연금으로 단일화하였다. 망인은 생전에 장해보상일시금 또는 장해보상연금을 지급받았고, 2010년 산업재해보상보험법이 개정되고 나서 망인이 사망하자 원고는 법률 개정 전의 유족보상연금이 아니라 새로 도입된 진폐유족연금을 지급받았다. 그런데 원고가 소로서 구하는 재해위로금의 산정 기준을 제시한 구 석탄산업법령은 2010년 개정

전 산업재해보상보험법에서 규정하였던 유족보상일시금을 산정 기준으로 규정하고 있었던 것이다. 만일 망인이 2010년 산업재해보상보험법 개정 전에 사망하였다면 원고는 유족보상연금을 받게 되었을 것이고, 따라서 구 석탄산업법령상 재해위로금을 지급받는 데 아무런 문제가 없었을 것이다. 이에 대법원은 진폐유족연금은 2010년 산업재해보상보험법 개정 전의 유족보상연금과 동일한 급여라고 보았던 것이다.

언뜻 보면 대법원의 판단이 당연한 것처럼 보이는데 제1심과 제2심 법원은 모두 원고의 주장을 일치하여 배척하였다. 그 배경에는 재해위로금에 관련한 실무상 논쟁이 있다. 원고가 받을 수 있는 재해위로금은 2가지가 있다. 이 사건에서 원고는 한국광해관리공단이 지급하는 재해위로금의 지급을 구하고 있는데 진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률에도 재해위로금이 있다(제24조 제1항 제2호). 따라서 진폐근로자나 유족은 '진폐 진단시를 기준'으로 양 법률을 모두 적용받을 수 있는 경우에는 2가지 위로금을 모두 지급받을 수 있다. 원고가 여기에 해당한다. 이런 중복수급 문제를 해결하고자 석탄산업법 시행령이 2014년 개정이 되어(제25831호) 시행령 제41조 제4항 제5호 가.목은 '산업재해보상보험법 제91조의2에 따라 진폐로 인한 업무상 재해로 인정된 경우'를 재해위로금 지급대상에서 제외하였다. 하급심이 원고의 청구를 기각했던 것은 문리적 해석상 어려움이 있었던 것 이외에도 이미 진폐예방법을 통해서도 재해위로금을 받을 수 있다는 사정을 고려한 것 같다.

그렇다면 진폐증에 대하여 왜 이리 보상체계가 복잡한 것일까? 이유는 폐광에 따른 광산노동자와 그들의 가족생활의 현실, 그리고 진폐라는 질병이 갖는 특성을 고려한 것이다. 광산노동자는 광산을 주변으로 마을 공동체를 이루고 매우 열악한 환경에서 살았다. 1980년 사북탄광 노동항쟁을 찾아보면 그 당시 상황을 이해할 수 있다. 그런데 그 광산이 폐광을 한다는 것은 해당 공동체를 통째로 허물어버리는 것이다. 따라서 폐광에 따른 포괄적인 사회적 대책이 필요했는데 금품 지급만을 고려하면 폐광대책비가 대표적인 것이었다. 그리고 진폐근로자에게는 치료와 생활보장을 위한 법제도적 지원이 필요했는데 그것이 바로 진폐예방법과 산업재해보상보험법이었다. 여기에는 일반적인 산재보상과 달리 위로금이라는 금원이 특별히 제도화되었다. 아울러 가족의 일자리 지원을 위해서 정선하이원 리조트 같은 폐광지역 사업을 전개한 것이다. 정선하이원 리조트와 그 협력업체에는 폐광지역 주민들이 다수 취업해 있다. 아울러 진폐증은 현대의학으로는 고칠 수 없는 불치병이다. 경과관찰에 따른 대중요법이 요양 중 치료의 다수를 차지한다. 상당수의 질환자는 시간이 지남에 따라 증상이 심해지며 사망에 이르거나 거동 자체가 불가능하게 되는 경우도 적지 않다. 중증환자의 경우 정신질환이 발병하여 자살을 하는 경우도 있다. 법원은 일찍부터 이러한 자살을 업무상 재해로 인정한다.<sup>2)</sup>

2) 대법원 1993. 10. 22. 선고 93누13797 판결.

대상판결은 이렇게 한국의 석탄산업과 진폐증에 관한 한국 산업사 혹은 노동사에서 잊어서는 안 되는 중요한 장면을 보여주는 사례이다. 비록 법리적으로 큰 논쟁의 주제를 던지지는 않지만 노동법학을 하는 우리에게 잠시 과거를 생각해보고 오늘의 문제를 바라보는 계기를 마련해 준다. **KL**

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

## 1차 영업양도 시 고용승계 거부가 2차 영업양도에 미치는 영향

- 대법원 2020. 11. 5. 선고 2018두54705 판결 -

### 【판결요지】

이 사건 병원의 영업을 (두 번째로) 전부 양수한 원고가 영업양도 당시 이 사건 근로자들에 대한 해고가 부당해고인지 여부를 판단할 수 있었는지에 따라서만 원고에 대한 고용승계를 인정한다면 영업양도인과 양수인 사이에 근로자 승계 배제특약 없이 영업양도인이 영업양도 직전에 근로자들을 해고하는 경우 영업양도 방식을 통한 자유로운 해고가 가능하여 근로기준법 제23조 제1항의 해고사유를 제한하는 입법취지를 잠탈하게 되는 결과가 초래되어 부당하다.

A는 B로부터 갑(甲) 병원을 양수한 뒤, 을(乙) 병원(이하 '이 사건 병원'이라 함)을 개원하여 2015. 9. 1.부터 2015. 11. 30.까지 이 사건 병원을 운영한 사람이다. 원고 C는 A로부터 이 사건 병원을 양수한 뒤 2015. 12. 1.부터 운영 중이다(B→A→C). 근로자 1, 2, 3(이하 '이 사건 근로자'이라 함)은 갑(甲) 병원에 입사하여 각각 응급차 기사, 물리치료실장, 간호조무사로 근무하던 사람이며 각각 D 노동조합(이하 '이 사건 노동조합'이라 함)의 지부장, 부지부장, 대의원이었다. A는 2015. 9. 1. 병원 양수 당시 근로자 1, 2의 고용승계를 거부하였고, 2015. 10. 1. 근로자 3을 징계해고하였다.

이 사건 근로자들은 A가 한 이 사건 해고는 부당해고이고, 이 사건 근로자들의 노동조합 활동에 대한 불이익 취급으로 부당노동행위라고 주장하며 2015. 10. 6. 부산지방노동위원회에 구제신청을 하였다. 그 후 병원이 원고 C로 양도되자 원고를 피신청인으로 추가하였다. 부산지방노동위원회는 이 사건 근로자들과 이 사건 노동조합의 A에 대한 구제신청은 각하하였고, 원고에 대한 구제신청은 기각하였다. 이에 이 사건 근로자들과 이 사건 노동조합은 초심판정에 불복하여 2016. 2. 1. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였고, 중앙노동위원회는 초심판정을 취소하고 원고의 부당해고와 부당노동행위를 인정하였다. 원고는 중앙노동위원회의 부당해고 및 부당노동행위 구제 재심판정을 취소해 달라는 소를 대전지방법원에 제기하였다.

대전지방법원은 원고의 청구를 기각하였는데, 먼저 B와 A, 그리고 A와 원고 C 사이의 병원 양도 및 양수가 영업양도인지를 검토하였다. 지방법원은 사실관계를 포섭하기 전 먼저 기존 대법원의 다음과 같은 법리를 설명한다. “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의

일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 바(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결 등), 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 일부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도로 볼 것이다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 등).”

지방법원은 이러한 법리에 따라 사실관계를 포섭한 결과 B와 A, A와 원고 C 사이의 병원 양수는 영업양도라고 확정한 다음 B와 A 사이의 영업양도 시 이루어진 근로자 1, 2의 고용승계 거부와 근로자 3의 징계해고에 정당한 사유가 있는지를 살펴본다. 그 결과 이 역시 정당한 사유가 없음을 판시한다.

그렇다면 본 주제의 첫 번째 쟁점인 원고 C는 근로자 1, 2, 3의 고용을 승계하여야 하는지가 문제된다. 지방법원은 “해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계가 영업양수인에게 승계되지 않는다고 한다면, 당해 근로자는 나중에 위 해고에 정당한 사유가 없어 무효인 것으로 밝혀진다 하더라도 사실상 종전의 근로관계를 회복할 방법이 없게 되고, 결국 자신이 소속되고 있던 영업은 영업양도를 전후하여 동일성을 상실하지 아니한 채 영업의 주체만 바뀌어 계속되고 있음에도 영업양도인의 부당한 해고처분에 의한 해고의 효력만은 그대로 존속하는 셈이어서 부당하다”라고 한다. 따라서 원고 C는 부당하게 고용승계 거부 및 징계해고된 근로자 1, 2, 3의 고용을 승계해야 한다고 판결한다.

두 번째 쟁점으로 이러한 2차 고용승계 거부가 노동조합 활동에 대한 불이익 처분이 되는지가 문제된다. 여기서 지방법원에서 대법원까지 치열하게 대립된 것은 원고 C에게 부당노동행위 의사가 있느냐였다. 먼저 부당노동행위 성립에 있어 부당노동행위의 의사가 필요한지에 대해서는 학설상 견해가 나뉜다.<sup>1)</sup> ① 의욕설은 반조합적 의욕 내지 동기가 필요하다는 견해로 다만, 그러한 주관적 요소는 제반 사정(간접사실)에서 인정되는 추정적 의사면 족하다고 한다. ② 객관적 인과관계설은 부당노동행위의 의사는 필요하지 않으며 근로자의 단결활동 등 행위와 사용자의 불이익처분 사이에 객관적으로 인과관계가 인정되면 충족한다는 견해이다. 대법원의 입장은 의욕설에 가까운 것으로 한결같이 부당노동행위 의사가 필요하다는 입장이다.

1) 이하의 내용은 임종률(2020), 「노동법(제18판)」, 박영사, pp.292~293 참조.

따라서 지방법원 역시 부당노동행위 의사의 유무를 원고 C에게 따지는데, 지방법원은 원고 C가 A로부터 병원의 영업을 양도받아 개시하기 전부터 이 사건 근로자들과 A와의 법적 분쟁을 알고 있었고, 병원 간부인 D와 E로 하여금 이 사건 병원 내 근로자들에게 노동조합 탈퇴를 독려하는 확인서를 회람시키는 등의 행동을 하게 한 점을 근거로 원고 C의 부당노동행위 의사와 함께 부당노동행위를 인정하였다.

원고 C의 항소로 열린 고등법원은 첫 번째 쟁점과 두 번째 쟁점을 다시 판단하는데, 첫 번째 쟁점인 이 사건 근로자들의 고용승계에 관한 내용은 지방법원의 판결 내용을 그대로 인용하여 고용승계를 인정하였다.

그러나 두 번째 쟁점에서 고등법원은 다음과 같은 이유로 원고 C의 부당노동행위 의사를 부정하여 부당노동행위 역시 부정하였다. 원고의 부당노동행위가 인정되려면 B와 A 사이의 병원 양수가 영업양도여서 근로자 1, 2의 고용을 A가 승계하지 않은 것은 부당해고에 해당한다는 점, 그리고 A가 근로자 3을 해고한 것 역시 부당해고라는 점을 인식하고 있어야 한다. 그러나 비법률가인 원고가 임대차 계약 형식이었던 B와 A 사이의 병원 양수가 영업양도라는 점을 알기 쉽지 않았다는 점과 근로자 3이 해고될 당시에는 원고가 이 사건 병원에 근무하지 않았다는 점을 들어 법적 분쟁이 있다는 것만을 이유로 이 해고가 부당해고라는 것을 당연히 알았다고 볼 수 없다는 것이다.

원고 C는 첫 번째 쟁점에 대해서, 피고인 중앙노동위원회장은 두 번째 쟁점에 대해서 각각 상고하였다. 대법원은 첫 번째 쟁점인 고용승계에 대해 “이 사건 병원의 영업을 전부 양수한 원고가 영업양도 당시 이 사건 근로자들에 대한 해고가 부당해고인지 여부를 판단할 수 있었는지에 따라서만 원고에 대한 고용승계를 인정한다면 영업양도인과 양수인 사이에 근로자 승계 배제특약 없이 영업양도인이 영업양도 직전에 근로자들을 해고하는 경우 영업양도 방식을 통한 자유로운 해고가 가능하여 근로기준법 제23조 제1항의 해고사유를 제한하는 입법취지를 잠탈하게 되는 결과가 초래되어 부당하다”라고 하여 상고를 기각해 고등법원의 판결을 유지하였다.

그리고 두 번째 쟁점인 부당노동행위 인정 여부에 관해서도 고등법원의 판단을 그대로 인정하는데, 원고 C가 A의 고용승계 거부와 해고가 부당해고에 해당한다는 것을 당연히 알았다고 보기 어렵기 때문에 부당노동행위 의사를 인정할 수 없어 부당노동행위를 부정하였다.

첫 번째 쟁점인 영업양도의 고용승계에 관해서 영업양수인은 영업양도인의 고용을 특약이 없는 한 그대로 승계해야 한다는 점, 그리고 그 특약에서 고용승계가 배제되는 근로자는 해고의 사유와 같은 정당한 이유가 있어야 한다는 점은 판례의 오래된 판시 내용으로 명약관화하다. 그러나 이러한 영업양도가 두 차례 진행되고 제1차 영업양도 시 거부된 고용승계와 부당해고가 제2차 영업양수인에게도 영향을 미치는가는 그동안 찾아볼 수 없는 사례였다. 대법원은

만일 제2차 영업양수인에게 제1차 영업양도의 고용승계의무 및 부당해고 무효의 법리가 미치지 않는다면, 2번의 영업양도 방식을 통해 - 특히 대법원이 표현하지는 않았지만, 중간의 위장 영업양도를 통해 - 자유롭게 근로자들을 해고할 수 있는 상황이 벌어지기 때문에 부당하다는 판시를 하였다. 타당한 판단이라고 생각된다.

그러나 두 번째 쟁점인 부당노동행위에 대해서는 이견이 있을 수 있다. 대법원은 부당노동행위 의사가 있어야 한다는 필요성 중 의욕설의 입장에서 적극적인 고의를 요구한 듯하다. 즉, 원고 C의 반조합적 의욕 또는 동기가 필요한데, 단지 법적 분쟁이 발생하고 있다는 사정을 안 것만으로는 부당노동행위 의사를 인정할 수 없다는 것이다. 이는 부당노동행위가 형사처벌되기에 행위자의 고의를 엄격히 판단한 것이 아닌가하는 추측을 해본다. 그러나 범죄의 고의는 반드시 어떤 의욕만이 아니라 그 결과를 '감수(感受)'하는 것 - 미필적 고의 - 으로도 성립될 수 있다. 원고 C가 제1차 영업양도 당시 분쟁이 있었다는 것을 알고 있다는 것이 반조합적 활동의 적극적인 의욕이라고 할 수는 없을 것이다. 그러나 원고 C는 부당노동행위가 될 수 있다는 상황을 감수하고도 그 상황을 그대로 수인하였다는 점에서 미필적 고의가 인정된다고 생각한다. 따라서 부당노동행위 역시 인정되어야 했는데 이점을 대법원이 놓친 점은 아쉽게 여겨진다.

**KL**

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)



## 경영상 이유로 해고된 근로자에 대한 재고용의무의 발생시점과 위반의 효력 등

- 대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결 -

### 【판결요지】

근로기준법의 규정 내용과 자신에게 귀책사유가 없음에도 경영상 이유에 의하여 직장을 잃은 근로자로 하여금 이전 직장으로 복귀할 수 있는 기회를 보장하여 해고근로자를 보호하려는 입법 취지 등을 고려하면, 사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고근로자를 우선 재고용할 의무가 있다.

이때 사용자가 해고근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조 제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다.

### 1. 사건의 개요와 법적 쟁점

대상판결은 경영상 이유로 해고된 근로자(이하 '경영상 해고자')에 대한 사용자의 우선 재고용의무(근로기준법 제25조 제1항: "제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.")가 2007. 7. 1. 시행된 이래 이를 근거로 소를 제기하여 대법원에서 근로자의 청구를 인용한 최초의 사례이다. 대상판결의 사안을 보면, 근로자(이하 'X')는 피고 사회복지재단에서 생활부업무 담당 생활재활교사로 근무하던 중 2010. 6. 1. 경영상 이유로 A와 함께 해고되었다. 1) 피고 사회복지재단은 ① 2010. 12. 1. Y1을 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ② 2011. 7.

1) 이에 대해 근로자들(X와 A)은 해고무효확인인 소를 제기하였으나 패소하였다[인천지방법원 2012. 1. 26. 선고 2011가합7235 판결(원고 패) → 서울고등법원 2012. 10. 19. 선고 2012나14434 판결(기각\_원고 패) → 대법원 2013. 2. 28자 2012다107587 판결(심리불속행)].

1. Y2를 사무행정업무 담당 생활재활교사<sup>2)</sup>로, ③ 2011. 8. 1. Y3을 사무행정업무 담당 생활재활교사<sup>3)</sup>로, ④ 2011. 9. 1. Y4를 사무행정업무 담당 생활재활교사<sup>4)</sup>로, ⑤ 2011. 10. 1. Y5를 생활부업무 담당 생활재활교사<sup>5)</sup>로, ⑥ 2011. 11. 1. Y6을 생활부업무 담당 생활재활교사<sup>6)</sup>로, Y7을 사무국장<sup>7)</sup>으로, ⑦ 2012. 2. 1. Y8을 생활부업무 담당 생활재활교사<sup>8)</sup>로, ⑧ 2013. 4. 1. Y9를 생활부업무 담당 생활재활교사<sup>9)</sup>로, Y10을 사무행정업무 담당 생활재활교사<sup>10)</sup>로, ⑨ 2013. 5. 1. Y11을 생활부업무 담당 생활재활교사<sup>11)</sup>로 각 채용하였다. 이에 X는 2016. 3.경 사용자를 상대로 근로기준법 제25조 제1항에 따른 우선 재고용의무를 위반하였다며 소송을 제기하였다.<sup>3)</sup> 최종적으로 X의 청구 일부인 ‘피고는 원고에게 고용의 의사표시를 하라.’, ‘2011. 11. 1.부터 고용의 의사표시를 할 때까지의 손해배상’은 인용되었고, 나머지는 기각되었다. 1심(인천지방법원 2014. 9. 25. 선고 2013가합17168 판결),<sup>4)</sup> 원심(서울고등법원 2016. 2. 5. 선고 2014나50038 판결) 및 대법원(대상판결)은 위와 같은 결론에서 크게 차이가 없으나 손해배상을 산정하기 위한 대상기간(또는 재고용의무 발생시점)과 손해배상액(중간수입공제 여부 및 한도)을 모두 달리 판단하였고, 대법원은 원심 판결 중 위 손해배상 청구 부분만 파기하여 서울고등법원으로 환송하였다. 이 글에서는 우선 재고용 조항의 법적 성격 및 위 손해배상과 관련된 부분을 순차로 살펴보고 나머지 부분은 지면의 한계로 생략한다.

## 2. 우선 재고용의무의 법적 성격

대상판결은 위 【판결요지】와 같은 내용으로 재고용의무가 있다고 판단하였고, 1심과 원심 모두 대상판결과 마찬가지로 경영상 해고자가 우선 재고용의무 규정을 근거로 사용자에게 대하여 고용의무의 이행을 구할 수 있는 사법상 청구권으로서의 성격을 가진다고 판단하였다. 이론의 여지가 없어 보인다.

## 3. 우선 재고용의무의 내용과 위반의 효과(손해배상)

〈첫째〉 재고용의무의 이행절차를 정리하면 다음과 같다. (㉠) 먼저 경영상 해고자에 대해 신규 채용 통지 등으로 재고용될 의사가 있는지 여부를 확인하여야 한다(‘재고용 우선권을 갖는 근로자에게 개별적 통지의 방식으로 신규채용 절차를 고지’).<sup>5)</sup> → (㉡) 경영상 해고자는 위 통지 등에

2) 생활부업무 담당 생활재활교사가 퇴사하자 사무행정업무 담당 생활재활교사 C를 그 자리로 전보하고, C의 자리에 Y2를 채용하였다.

3) 청구 취지: 피고는 원고에게 고용의 의사표시를 하고, 2011. 7. 1.부터 고용의 의사표시를 할 때까지의 손해배상과 정신적 손해에 대한 위자료(500만 원)

4) 이에 대한 평석으로 강선희(2014), 「경영상 이유로 해고된 자의 우선 재고용의무」, 『노동리뷰』 12월호.

고지된 절차에 따라 재고용우선권(‘원하면’)을 행사한다(해고된 날로부터 3년 이내). 경영상 해고자가 반대의 의사를 표시하거나 이를 행사하지 않은 채 사용자에 대해 아무런 의사표시를 하지 않아 거부권을 행사한 것으로 볼 수 있다면, 사용자는 해당 근로자에 대해 재고용의무를 이행한 것이 된다. → (ㄷ) 사용자는 근로자의 재고용우선권 행사에 고용의 의사표시(승낙의 의사표시)를 하여야 한다. 경영상 해고자가 다수이고 재고용우선권을 행사하는 자가 다수이나 채용 대상 업무가 소수일 경우, 사용자가 객관적 채용기준에 따라 재고용우선권을 행사한 근로자들 중 일부를 고용하였다면 재고용의무를 이행한 것으로 볼 수 있다. 이 사건으로 돌아와 보면, 대상판결은 피고 사회복지재단이 해고근로자 X와 A에게 채용 사실과 채용 조건을 고지하여 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 여러 차례 생활재활교사를 채용하였으므로 우선 재고용의무를 위반한 것으로 보았다. 타당한 결과이다. 그런데 위 대상판결의 **【판결요지】**를 미루어 보면, “해고근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정”이 있다면 해고근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않고 제3자를 채용하였다도 우선 재고용의무를 위반한 것이 아니라는 취지로 해석되는데 이 부분은 의문의 여지가 있다. 경영상 해고자에게 개별적으로 통지하여 재고용 의사를 확인한 사실이 없는데 경영상 해고자가 고용계약 체결을 ‘원하지 않았을 것’을, ‘고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정’을 어떻게 확인할 수 있는지 의문이고, 경영상 해고자의 의사와 관계없이 위와 같이 추정하는 것이 타당한지도 의구심이 있다. 따라서 위와 같은 대상판결의 판시 내용은 적어도 ‘경영상 해고자에게 개별적 통지의 방식으로 신규채용 절차를 고지’한 후 다음 단계(위 (ㄴ))에서 적용되는 것으로 해석해야 하고, 사용자가 이러한 절차를 이행할 수 없을 만한 사정(대상판결 “원고에 대한 해고 이후에 원고의 주소나 연락처가 변경되어 피고가 연락을 취하기 어려웠다고 볼 만한 자료는 없다.”)이 있다면 재고용의무 위반으로 보기 어려울 것이다.

〈둘째〉 재고용의무 발생시점과 손해배상의 대상기간(재고용의무 불이행에 따른 불법행위의 손해배상의 범위)의 문제이다. 1심은 생활부업무 담당 생활재활교사와 사무행정업무 담당 생활재활교사가 같은 업무라고 해석하고, X에게 개별적 통지하지 않고 신규채용 절차를 진행하였으므로 “두 명의 생활재활교사 신규채용이 이루어진 2011. 7. 1. 우선적으로 고용할 의무가 발생” 하였으므로 이 시점부터 ‘고용의 의사표시’를 할 때까지 고용의무를 이행하였다면 근로자가 받았을 임금 상당액(경영상 해고되기 전 3개월 동안의 급여 평균액을 기준으로 함)을 손해배상으로 지급할 의무가 있다고 판단하였다(위 ②시점). 원심 고등법원은 신규채용 절차에 앞서 해고

5) 기존의 글(각주 4)에서는 ‘고지하고 이에 관한 의사를 확인’한다고 서술하였는데 재고용의무 위반 여부를 판단하기 위해서는 개별적으로 ‘고지’하는 것으로 족하고, 경영상 해고자에게 재고용의사가 있는지를 직접 확인해야 한다는 취지가 아니므로 오해의 여지가 있어 기존의 글을 수정한다.

근로자에게 개별적 통지의 방식으로 채용절차를 고지하고 이에 관한 의사를 확인하여야 한다고 볼 근거가 없으므로 경영상 해고자가 '재고용을 원한다는 의사를 사용자에게 표시한' 2012. 5. 17.<sup>6)</sup> 이후인 '2013. 4. 1.'에 피고가 정리하고 당시의 업무인 생활부업무 담당 생활재활교사로 채용하였으므로 이때부터 우선 재고용의무가 발생하였다고 판단하였다(위 ⑧시점). 반면 대상판결은 위에 살펴보았듯이 근로자를 채용하면서 X에게 채용 사실을 고지하거나 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않았으므로 '아무리 늦어도' 피고가 X와 A를 해고한 이후 X가 '해고 당시 담당하였던 생활부업무 담당 생활재활교사 업무에 2명째 채용한 2011. 11. 1.' 무렵에 우선 재고용의무가 발생하였다고 보고 이때부터 손해배상을 지급해야 한다고 판단하였다(위 ⑥시점). 1심과 대법원은 맥락은 같으나 재고용의무의 대상업무인 '해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무'의 해석에서 달리 판단하였는데, 대법원은 근로기준법 제25조 제1항의 문언대로 X가 해고 시 담당했던 업무인 '생활부업무 담당 생활재활교사'로 판단하였다. 1심과 같이 확대해석하지 못한 점은 아쉬움으로 남는다. 필자는 기존의 글에서 고용의무 발생 시점에 대해 최초의 신규채용이 이루어진 시점으로 보지 않고 두 번째 신규채용이 이루어진 시점으로 판단한 1심에 대해 문제를 제기하였고<sup>7)</sup>, 이는 대상판결에 대해서도 유사한 비판이 가능하다. 두 명이 경영상 해고되었으므로 두 명의 신규채용이 이루어진 때가 개별 근로자들에게 확정적으로 손해가 발생한 시점이 될 것이고, 이는 '개별적인' 손해배상을 산정하기 위한 시점의 문제이다. 대상판결이 이러한 취지에서 판단한 것으로 선회하여 해석하면 수긍할 만하다. 반면 사용자가 언제부터 재고용의무를 이행해야 하는지를 판단하는 '재고용의무 발생시점'은 전자와 차원을 달리하는 문제이다. 즉 사용자는 '해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우'에 최초이든 두 번째이든 상관없이 3년 이내에 우선 재고용의무가 발생하는 것이다. 따라서 우선 재고용 '의무의 이행시기'와 확정적 '개별적 손해의 발생시기'를 구별해야 한다고 본다.

〈셋째〉 재고용의무의 위반 효과이다. 대상판결은 파견근로자의 고용의무와 관련한 한국수력원자력 사건(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결)을 원용하면서 "사용자가 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고근로자 사이에 고용관계가 성립한다. 또한 해고근로자는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있

6) X와 A가 각주1 해고무효확인 소송의 항소심인 서울고등법원에서 2012. 5. 11.자 항소이유서에 재고용을 원한다는 전제로 한 주장과 표현이 있으므로 이 항소이유서가 피고에게 송달된 2012. 5. 17.에 피고에게 재고용을 원한다는 의사를 표시한 것으로 판단하였다.

7) 청구 취지가 '2011. 7. 1.'부터이므로 이를 벗어나기는 했다.

다.”라고 판시하면서 피고가 근로기준법 제25조 제1항을 위반하여 X가 입은 ‘통상의 손해액은 피고가 우선 재고용의무를 이행하였더라면 원고가 받았을 임금 상당액’이라고 판단하였다. 필자가 위 <둘째>를 더불어 고려하여 재구성하면, ‘통상의 손해액은 피고가 재고용의무를 이행하여 원고가 재고용되었다면 받았을 임금 상당액’이다.

<넷째> 중간수입 공제 여부 및 한도이다. X는 2013. 4.부터 2013. 6.까지, 2013. 12.부터 2014. 4.까지 다른 직장에 취업하여 수입(중간수입)이 발생하였는데, 원심은 위 기간 중 휴업수당에 준하여 임금의 30%를 초과하는 중간수입이 발생하였으므로 이를 공제하고 임금의 70%(휴업수당)가 손해가 된다고 판단하였다. 반면 대상판결은 “사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 그 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. 한편 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다.”<sup>8)</sup>라고 전제하면서 ‘중간수입을 전부 공제’하여야 한다며 원심을 파기·환송하였다. 현행 노동법체계에서 고용의무를 부과하는 것은 위 우선 재고용의무 외에 불법파견 등에 있어서 사용사업주의 직접 고용의무(파견근로자 보호 등에 관한 법률 제6조의2)인데, 불법파견 즉시 고용의무가 발생한 경우 손해배상액 중 파견사업주에 해당하는 하도급업체로부터 받은 임금(중간수입에 해당) 전액을 공제하는 점에 비추어 보면 근로관계가 존속하지 않는 경우에는 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없어 전부를 공제해야 한다는 결론은 타당하다. **KLI**

강선희(법학박사)

8) 대상판결은 후단 부분에 대해 대법원 1992. 7. 24. 선고 91다44100 판결 등을 인용하였다.

## 연장근로시간 산정에 관한 월 단위 상계약정의 효력

- 대법원 2020. 11. 26. 선고 2017다239984 판결 -

### 【판결요지】

[1] 연장근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 한 근로기준법 규정은 연장근로에 대한 임금산정의 최저기준을 정한 것이므로, 연장근로에 대한 가산임금 산정방식에 관하여 노사간에 합의한 경우 노사합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못할 때에는 그 부분만큼 노사합의는 무효이고, 무효로 된 부분은 근로기준법이 정하는 기준에 따라야 한다.

[2] 단체협약 등에서 주간근무일과 연장근무일의 임금 산정시간을 각각 9시간과 5시간으로 정하고(이하 '보장시간'이라 함) 각 일별 실제 근로시간이 이에 미달하거나 이를 초과하더라도 보장시간의 월간 합계와 비교하여 월 단위로 상계하기로 정하였다면(이하 '월 단위 상계약정'이라 함), 이는 임금산정의 대상이 되는 근로시간이 소정근로시간인지 또는 연장근로시간인지를 구분하지 않은 채 전체 근로시간만을 단순 비교하여 연장근로시간을 계산하는 것으로서 그 결과 실제 연장근로시간 중 소정근로시간과 중첩되어 상쇄되는 부분이 발생하는 경우, 그 부분에 대해서는 통상지급에 해당하는 금액만이 임금으로 산정되므로, 연장근로에 대해서는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산해야 한다는 근로기준법 제56조 제1항이 정한 기준에 미달하게 된다.

[3] 비록 이 사건 단체협약 등에서 야간근로수당과 관련해서는 근로기준법이 정한 기준보다 근로자를 유리하게 대우하였다고 볼 수 있고, 월 단위로 합산한 실제 근로시간이 근무일수에 따라 계산한 이 사건 보장시간의 월간 합계에 미치지 않는 달에도 피고가 근로자들에게 이 사건 보장시간에 해당하는 임금을 모두 지급한 사정이 인정된다고 하더라도, 이는 연장근로수당에 관한 이 사건 월 단위 상계약정이 근로기준법에 위반된다는 결론에 영향을 미치지 않는다.

대상판결 사안의 피고는 서울시내버스 운송업체이고 원고들은 그 소속 운전기사이다. 원고들은 월 단위 상계약정으로 인해 1일 실제 연장근로시간에 대한 연장근로수당을 지급하지 않는 것은 전부 무효라고 주장하면서 1일 실제 연장근로시간을 기초로 재산정한 연장근로수당 중 미지급된 부분 및 이를 고려하여 재산정한 평균임금에 따른 퇴직금 중 미지급된 부분의 지급을 구하였다.

민법상 상계란 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 서로에 대해 부담하고 있는 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자가 대등액에 관하여 맞비겨 해당 범위에서 채무를 소멸시키는 의사표시를 말한다(민법 제492조 제1항 참조). 이 사건 월

단위 상계약정은 합의의 문언상으로는 시간, 즉 '보장시간을 초과하여 근무한 시간'과 '보장시간을 미달하여 근무한 시간'을 서로 맞비겨 최종적으로 회사가 근로자에게 지급할 임금을 계산하자는 취지라 할 수 있다. 교통사정에 의해 들쭉날쭉한 근로시간으로 인한 실무적 어려움이 동기가 되었을 것이라 추측된다. 그런데 상계는 채권·채무에 대해서만 할 수 있으므로 이 사건 '월 단위 상계약정'과 같이 일을 더 한 시간과 덜 한 시간 그 자체를 맞비기는 것은 엄밀하게는 상계라 할 수는 없다. 근로시간은 노동법적으로 여러 기능을 수행하는데, 그중 가장 대표적인 것이 임금계산이다. 이 사건 상계약정은 임금을 산정하는데 필요한 월 단위의 근로시간을 계산해 내는데 그 목적이 있으므로 이 사건 상계약정에 의해 맞비겨지는 대상은 '시간' 그 자체가 아니라 시간에 의해 산정되는 '임금채권'인 것이다. 즉, 이 사건 상계약정은 법적 관점에서 '보장시간을 초과하여 근무한 시간'에 대한 근로자의 임금채권과 '보장시간을 미달하여 근무한 시간'에 대하여 사용자가 지급을 면하는 임금채권을 통쳐 계산의 편의를 도모하는 효과를 가진다.

시간을 매개로 맞비긴다는 점에 착목하면 이 사건 상계약정은 얼핏 문제가 없는 것처럼 보인다. 그러나 위와 같은 법적 효과를 염두에 두고 들여다보면 다음과 같은 문제가 발생한다. 즉, '보장시간을 초과하여 근무한 시간'에 대한 근로자의 임금채권은 1일 8시간을 초과하여 한 근로에 대한 대가라는 점에서 근로기준법 제56조 제1항의 가산임금이 추가되는 임금이나 '보장시간을 미달하여 근무한 시간'의 경우에는 미달한 시간에 따라서는 가산임금이 추가되지 않고 시간급 통상임금으로만 산정되는 시간도 존재한다는 점이다. 이를테면 근로자가 상계를 통해 상실하는 임금청구 가능시간은 가산임금부 근로시간인데 반해, 사용자가 상계를 통해 지급을 면하는 임금면제청구 가능근로시간에는 가산임금부 근로시간도 있지만, 단순 근로시간도 존재하는 것이다. 이것은 다음과 같은 예시를 통해 보면 더 분명해진다. 근로자가 월 단위 상계가 적용되는 월 중 어느 하루의 주간근무일에 보장시간인 9시간을 2시간 더 초과하여 근무하였으나 그 기간 중 어느 주간근무일에 7시간만 근무하고 퇴근한 경우를 생각해 보자. 시간만 놓고 보면 2시간 더 일하고, 2시간 덜 일했으니 월 단위로 통산하면 보장시간에 맞게 일한 것처럼 보인다. 그런데 근로자가 더 일한 2시간은 모두 연장근로인데 반해, 사용자가 조퇴를 이유로 공제한 2시간 중 1시간은 1일 1시간으로 예정된 연장근로이나 나머지 1시간은 1일 8시간의 근로기준법상의 한도 내에서 근로시간이다. 이 근로자의 시간급 통상임금을 1만 원이라고 가정하면, 근로자가 2시간을 연장근로한 것에 대한 대가는 3만 원(=2시간×1.5×1만 원)이나 사용자가 지급을 면제받는 대가는 2만 5천 원(=2시간×1.5×1만 원)+(1시간×1만 원)이다. 월 단위 상계약정이 없었다면 근로자는 3만 원을 지급받고 2만 5천 원이 감액되어 5천 원의 차액을 월급일에 지급받아야 하는데, 상계약정의 효과에 의해 '시간'이 맞비겨지면서 5천 원의 임금채권을 덜 받게 된다. 즉, 연장근로에 대한 사용자의 가산수당지급 의무를 면탈할 수 있도록 하여 근로기준법이 정한 최저기준에 미달하는 효과가 발생하는 것이다. 대상판결은 바로 이러한 문제점을 지적하

면서, 이 사건 상계약정이 무효라고 판시하였는바 일응 타당한 결론이다.

종래 임금계산의 편의를 도모하기 위해 근로시간 법제의 느슨한 적용을 도모한 대표적인 관행으로 이른바 포괄임금제가 있다. 판례는 40여년 전 포괄임금제의 유효성을 판단함에 있어 “근로자에게 불이익이 없고 제반사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 이를 무효라고 할 수는 없다”는 입장을 밝힌바 있다(대법원 1982. 3. 9. 선고 80다2384 판결 등), 이 사건의 경우 직접적으로 포괄임금이 문제된 사안은 아니나 임금산정의 편의를 도모하기 위해 근로시간 산정을 ‘퉁’ 친다는 의미에서 포괄임금제와의 유사한 면이 있다. 포괄임금제의 유효성 판단에 관한 위 판례법리의 특징은 ‘제반사정’을 고려한다는 점이라 할 수 있는데, 제반사정에는 사용자의 대상조치 등이 포함될 수도 있다. 그러나 대상판결은 이 사건 상계약정의 무효를 선언하면서 판시[3]과 같이 근로자에게 유리한 즉, 상계약정으로 인해 근로자가 입을 불이익을 만회할 만한 제반사정의 존재는 영향을 미치지 않는다고 선언하였다는 점을 주목할 필요가 있다. 이러한 대상판결의 판시는 포괄임금제에 관한 위 대법원 80다2384 판결 이후 시간이 흐르면서 대법원이 관련 법리를 다듬어 가던 끝에 “근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 앞서 본 바와 같은 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없다”(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결)라고 판시한 것과 맥이 닿는다고 평가할 수 있다. 요컨대, 엄격한 근로시간 법제 적용의 입장을 유지한 것이다.

한편, 대상판결에 대해서는 다음과 같은 접근도 가능하다. 이 사건 상계약정은 마치 탄력적 근로시간제(근로기준법 제51조)와 유사한 효과를 발생시킨다는 점이다. 즉, 보장시간의 월 단위 합의범위 내에서 일 단위 근로시간의 조절이 가능한 것이다. 이 사건이 발생한 시내버스업종의 경우 근로자가 격일로 하루 18시간가량 일하는 방식이 수십년간 활용된 바 있다. 주간근무일 2일의 보장시간의 합은 공교롭게도 9+9, 즉 18시간이다. 극단적인 적용이기는 하나 월 단위 상계약정하에서는 사용자의 배차명령에 의해 사용자는 특별한 금전적 추가부담 없이 격일제 근무로의 전환도 가능한 것이다. 근로기준법의 근로시간에 대한 규율은 주 40시간, 일 8시간을 한도로 하면서 12시간의 연장근로를 허용하고 있다(2018년 법개정으로 이제 휴일근로는 연장근로의 한도 내에서만 허용된다). 이러한 원칙에 대한 예외는 제59조(특례업종)와 제63조(적용제외)에 한정되며, 근로시간 법제의 원칙을 완화한 탄력적 근로시간제 등의 유연근로시간제는 엄격한 요건을 갖춘 경우에 한하여 인정될 뿐이다. 탄력적 근로시간제의 경우 2주 단위는 취업규칙에, 3개월 단위는 근로자대표와 일정한 사항에 대한 서면합의가 있어야 하고, 2020. 12. 9. 국회를 통과한 개정법에 의해 추가된 최대 6개월 단위 탄력적 근로시간제의 경우에는 2주전



근로일별 근로시간 고지, 연속 11시간의 휴식시간 부여 등을 해야 하는 등 요건이 까다롭다. 즉, 근로기준법의 근로시간 법제는 매우 엄격한 바, 이 사건 상계약정은 이러한 엄격성에 대한 도전으로 읽어 낼 수도 있는 것이다.

대상판결은 이 사건 상계약정으로 인하여 근로자가 근로기준법에 의하는 경우보다 금전적으로 불이익을 입는다는 점만을 무효의 논거로 제시했지만, 여기에서 한걸음 더 나아가 이 사건 상계약정이 근로시간 법제의 큰 틀을 일탈할 수 있는 위험이 있다는 점도 무효의 논거로 제시하였더라면 하는 아쉬움이 남는다. 장시간 노동이 만연한 데에는 시간을 돈으로 무제한적으로 바꾸는 것에 대한 노사간의 암묵적 합의가 근저에 있는바 이를 바꾸지 않고는 장시간 노동의 고리를 끊어내기가 어렵기 때문이다. 따라서 근로시간 법제의 원칙 그 자체를 훼손시킬 위험이 있는 노사간 합의는 금전적 불이익 여부를 떠나 근로기준법 위반으로 보아 무효로 인정하는 법리를 적극적으로 활용할 필요가 있다. **KL**

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)