

노동판례리뷰

생리휴가에서의 증명 책임

- 대법원 2021. 4. 8. 선고 2021도1500 판결 -

【판결 요지】

여성 근로자로 하여금 생리휴가를 청구하면서 생리현상의 존재까지 소명하라고 요구하는 것은 해당 근로자의 사생활 등 인권에 대한 과도한 침해가 될 뿐만 아니라 생리휴가 청구를 기피하게 만들거나 청구 절차를 어렵게 함으로써 생리휴가 제도 자체를 무용하게 만들 수 있다. 따라서 사용자로서는 여성 근로자가 생리휴가를 청구하는 경우, 해당 여성 근로자가 폐경, 자궁 제거, 임신 등으로 인하여 생리현상이 없다는 점에 관하여 비교적 명백한 정황이 없는 이상 여성 근로자의 청구에 따라 생리휴가를 부여하여야 한다고 봄이 타당하다.¹⁾

「근로기준법」상 휴식제도 중에서 생리휴가는 법률 분쟁이 자주 발생하는 제도는 아니다. 근로관계에서의 휴식제도는 ‘사용자의 지휘·명령권으로부터 벗어날 수 있는’ 법률상의 권리를 총칭하는 것으로, 근로시간 면제 등 비근로시간을 청구하는 ‘실 수 있는 권리’가 본질이다. 하지만 현실에서 휴식제도에 관한 법률 분쟁은 주로 임금성(유급성)에 대하여 발생하는데, 생리휴가는 무급휴가이므로 관련 판례가 거의 존재하지 않는다. 과거 생리휴가를 둘러싼 주요한 사건들은, 생리휴가를 청구한 날에 근로자가 출근하여 근로하는 경우의 가산임금 지급에 관한 것들이었다.²⁾ 그러나 유급휴가에서 무급휴가로 변경된 이후, 학설상의 논의와는 별개로, 판례에 의하

1) 이 사건의 원심은 서울남부지방법원 2021. 1. 14. 선고 2019노2151 판결이며, 1심은 2019. 10. 8. 선고 2017고정1337 판결이다. 이 리뷰의 주요 대상인 생리휴가에서의 증명 책임은 1심의 판결 요지가 그대로 대법원까지 유지되었으므로, 여기에서는 법리를 명확하게 실시한 1심의 판결 요지를 소개한다.

2) 과거의 판례들에서는 생리휴가를 청구한 날에 근로자가 출근하여 근로하더라도 가산임금이 지급되지 않는 것으로 판단하면서, 이 경우에는 생리휴가를 반납한 것으로 보았다(대법원 1989. 2. 38 선고 1989다카 2567판결; 1991. 6. 28 선고 1991다카14758 판결 등).

여 생리휴가가 다루어진 사건은 거의 없는 듯하다. 이러한 상황에서 대상판결은 생리휴가 신청 거절에 대한 「근로기준법」 위반을 다른 사건으로, 생리휴가 청구에서의 증명 책임에 관한 법리를 다루고 있다.

항공운수서비스업을 운영하는 사용자였던 피고는 2014년 5월 1일경 소속 근로자인 여성 승무원 A가 생리휴가를 신청하였으나 인력이 부족하다는 이유로 생리휴가를 주지 않은 것을 비롯하여 약 1년간의 기간인 2015년 6월 25일경까지 여성 승무원 15명에게 총 138회에 걸쳐 생리휴가를 주지 않은 혐의로 2017년 기소되었다. 이에 대하여 1심에서는 ① 생리현상의 존재 여부 및 그 증명 책임의 문제,³⁾ ② 죄수 판단의 문제,⁴⁾ ③ 의무의 충돌 문제,⁵⁾ ④ 적법행위에 대한 기대 가능성 문제⁶⁾ 등이 다루어졌으며, 주된 쟁점인 생리현상의 존재 여부 및 그 증명 책임에 관해서는 “여성 근로자로 하여금 생리휴가를 청구하면서 생리현상의 존재까지 소명하라고 요구하는 것은 해당 근로자의 사생활 등 인권에 대한 과도한 침해가 될 뿐만 아니라 생리휴가 청구를 기피하게 만들거나 청구 절차를 어렵게 함으로써 생리휴가 제도 자체를 무용하게 만들 수 있다. 따라서 사용자로서는 여성 근로자가 생리휴가를 청구하는 경우, 해당 여성 근로자가 폐경, 자궁 제거, 임신 등으로 인하여 생리현상이 없다는 점에 관하여 비교적 명백한 정황이 없는 이상 여성 근로자의 청구에 따라 생리휴가를 부여하여야 한다고 봄이 타당하다.”라고 판시하였다. 이후 이 판단은 대법원까지 유지되었다.

「근로기준법」 제73조는 “사용자는 여성 근로자가 청구하면 월 1일의 생리휴가를 주어야 한

- 3) 피고 측은 생리휴가를 거절하였다는 사실 외에 당시 근로자에게 생리현상이 존재했는지 검사가 증명해야 하는데 증명이 이뤄지지 않았고, 생리휴가 청구가 휴일이나 비번과 인접한 날에 몰려 있고, 생리휴가가 거절되자 여러 번 다시 청구하는 등 생리현상 존재가 의심스러운 사정이 많다고 주장하였다.
- 4) 피고 측은 여성 근로자가 한 달에 수차례 생리휴가를 청구하였더라도 그중 1일의 생리휴가를 부여하였다면 근로기준법 위반이 아니라고 주장하였으나, 법원은 법문의 규정과 제도의 취지에 비추어 사용자는 동일한 근로자라 하더라도 각 청구별로 휴가 부여 여부를 결정하게 되어 있으므로, 사용자의 각 청구 거절 행위마다 휴가일 1일 단위로 범죄가 성립하고, 청구 거절 이후 같은 달의 다른 날에 해당 근로자의 재청구에 따라 생리휴가를 부여하였다 하더라도 이미 성립된 범죄에 영향을 미치지 않는다고 판단하였다.
- 5) 피고 측은 항공법 및 그 시행규칙에 항행의 안전을 위해 일정 수의 객실승무원을 반드시 탑승시키도록 규정하고 있는데, 객실승무원의 생리휴가를 모두 부여할 경우 항공법에 따른 의무를 준수하지 못하게 되므로 의무의 충돌로서 위법성이 조각된다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 의무의 충돌은 다수의 법적 의무가 충돌하여 일방에 대한 의무 이행이 다른 일방에 대한 의무 불이행을 전제로 해서만 가능한 경우인데, 이 사건의 경우 피고인 회사의 생리휴가 거절 횟수가 2014년 약 4,600회에 이르고 오랜 기간 지속되어 왔으나 이를 개선하기 위한 노력을 하지 않았다는 점, 피고 회사의 객실승무원 탑승 기준은 항공법이 정한 객실승무원 탑승 기준을 초과하고 있는데 이는 질 좋은 객실서비스를 제공하기 위한 경영상 판단에 불год하다는 점을 지적하며, 항공법상 의무와 근로기준법상 의무의 충돌이 있는 상황이라 보기 어렵다고 판단하였다.
- 6) 피고 측은 항공기에 일정한 수 이상의 객실 승무원을 탑승시켜야 하는데 현실적으로 일정 수준을 초과하는 대기인력을 두는 것은 불가능하고 그로 인해 회사에 상당한 경영상 어려움이 초래되는 상황이므로, 생리휴가 거절은 적법행위에 대한 기대 가능성이 없어 책임이 조각된다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 피고 회사 측이 대체 인력 확보와 일정 조정 등을 통해 생리휴가 부여 비율을 지속적으로 높일 수 있는 방안을 강구하였다는 정황을 발견할 수 없다는 점에서, 피고인에게 적법행위에 관한 기대 가능성이 없었다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 2007년 4월 개정된 것인데,⁷⁾ 2003년 9월 개정 이전에는 근로자의 청구와 관계없이 월 1일의 유급생리휴가를 주도록 하고 있었다.⁸⁾ 학설은 생리휴가에 대한 증명 책임을 근로자가 부담한다는 견해⁹⁾와 사용자가 부담한다는 견해¹⁰⁾로 대립되어 왔다.¹¹⁾ 전자의 견해에서는 지정된 휴가일이 생리휴가일에 해당한다는 사실과 생리 유무 자체에 대한 증명 책임과 관련하여, 구법에서는 법률의 규정에 의하여 월 1일의 유급생리휴가를 주어야 할 사용자의 의무가 확정되어 있었으나 현행법에서는 청구권의 방식으로 규정되어 있으므로, 청구하는 근로자가 그 기초 사실을 증명하는 것이 타당하다고 본다. 반면, 후자의 견해에서는 인권적 측면에서 근로자 본인이 생리휴가를 받을 자격 내지 생리 기간임을 증명하는 것은 인권침해의 우려가 있으므로, 그 증명 책임은 사용자가 부담하는 것이 타당하다고 본다. 대법판결은 후자의 견해에 따라 ‘명백한 정황이 없는 이상’ 여성 근로자의 청구에 따른 생리휴가를 부여하는 것이 타당하다고 하면서, 생리현상이 없었다는 점에 대한 명백한 정황과 관련해 그 증명 책임을 사용자가 부담하여야 한다고 판단하고 있다.

생각건대, 구법에서도 사용자가 자의적으로 생리휴가를 부여할 수 있었던 것은 아니므로 굳이 구법과 현행법상의 증명 책임이 다르다고 판단할 바는 아니다. 더 나아가 「근로기준법」이 생리휴가를 규정한 이유는 여성의 생리를 원인으로 발생하는 정신적·육체적 이상 상태를 완화하기 위하여 휴식을 부여하는 것이다. 그러므로 생리가 원인인 된 이상 반드시 휴가가 ‘생리기간’에 구속되어야 하는 것은 아니다.¹²⁾ 월경 전후에도 ‘일상생활을 방해할 정도’의 통증이 발

7) 현행 규정은 2007년 4월 개정된 것이나, 이는 2003년 9월 개정의 단순 자구 수정에 불과하다.

8) 생리휴가는 1953년 제정 「근로기준법」에 도입된 이후로, 현재까지 총 7차례 개정되었다. 7차례 개정 가운데 자구 수정과 조문 위치의 변경을 제외하면, 생리휴가와 관련한 개정은 크게 세 가지, 즉 ① 생리휴가의 유급/무급 여부, ② 신청 요건으로서 청구 여부, ③ 위반 시 벌금과 관련한 사항으로 요약할 수 있다.

구체적으로 생리휴가 도입 당시인 1953년 제정 「근로기준법」에서는 “사용자는 여자가 생리휴가를 청구하는 경우에 월 1일의 유급생리휴가를 주어야”(제59조) 하고, 이를 위반한 경우 1천 원 이하의 벌금을 규정하고 있었다. 이후 1961년 개정을 통해 벌금을 10만 원으로, 1975년 개정을 통해 250만 원 이하의 벌금으로 각각 상향 조정하였다. 1989년 「근로기준법」 개정에서는 기존의 ‘청구’ 요건을 삭제하여 “여자인 근로자에 대하여” 월 1일의 유급생리휴가를 주어야 한다고 규정하는 한편, 위반 시 벌금을 현행과 같이 500만 원 이하로 상향 조정하였다. 1997년 (실질적으로 전면 개정인) 제정 「근로기준법」에서는 자구 수정(여자→여성)과 함께 제71조로 조문 위치를 이동하였고, 2001년 개정에서는 자구 수정(여자→여성) 외에 내용의 변화는 없었다. 2003년 개정에서는 “사용자는 여성인 근로자가 청구하는 때에는 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다.”라고 규정하여, ‘청구’를 요건으로 추가하는 동시에 무급으로 변경하였다. 이후 2007년 개정에서는 자구를 수정하여 현행과 같이 “사용자는 여성 근로자가 청구하면 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다.”라고 규정하였다.

9) 대표적으로 김형배(2018), 『노동법』(제26판), 박영사, p.497.

10) 대표적으로 임종률(2021), 『노동법』(제19판), 박영사, p.628.

11) 양자의 절충설로서는 기본적으로는 근로자 본인의 증명을 기대할 수밖에 없으나 이를 엄격하게 해석하면 제도의 취지가 상실될 우려가 있을 뿐만 아니라 성적 프라이버시와도 충돌할 수 있으므로 증명을 요구하여야 할 특별한 사정이 없는 한 증명 없이 생리휴가를 청구하더라도 사용자는 이를 부여하여야 한다는 견해(김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사, p.366)가 있다.

12) 생리휴가 위반 시 형사처벌(「근로기준법」 제114조 : 500만 원 이하의 벌금)이 규정되어 있긴 하지만, 생리휴가

생활 수 있기 때문이다. 결국 월 1회의 생리휴가 청구권은 ‘생리휴가를 받을 자격이 없음¹³⁾’을 사용자가 확실하게 증명하지 않는 이상 반드시 부여해야 하는 휴가라고 하는 법원의 판단은 타당하며, 노사 당사자들은 이 법리를 명확하게 인지할 필요가 있을 것이다. **KLI**

김근주(한국노동연구원 연구위원)

를 ‘생리 기간’에만 국한되는 것이 아닌 생리 현상 전후의 정신적·육체적 이상 상태를 완화하기 위한 것으로 해석한다 하더라도 이는 입법 목적에 부합하는 해석으로, 유추해석을 통한 처벌 범위를 확장하는 것으로 판단되어서는 안 될 것이다.

13) 예컨대 서울지방법원 1993. 5. 7. 선고 92나 27668 판결에서는 생리가 없는 자(예컨대 고령으로 폐경된 자) 또는 중단되고 있는 재(임신 근로자)에게는 생리휴가 청구권이 주어지지 않는다고 판시한 바 있다.

용역업체 변경 시 고용승계기대권

- 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결¹⁾ -

【판결 요지】

도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 다른 업체(이하 '용역업체'라 한다)에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 용역업무 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제근로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 용역계약을 체결한 경우, 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계되리라는 기대권이 인정된다. 이와 같이 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당하고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다. 이때 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지는 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약 내용, 해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

고용승계기대권을 명시적으로 인정하는 대법원 판결이 드디어, 아니 비로소 나왔다. 근로자들이 고용승계를 거부당한 2014년 9월부터 무려 6년 7개월 만에 다시 사업장으로 복직하게 되었다. 한국수력원자력 주식회사 울진원자력본부(이하 '한울원자력본부'라 함)는 울진원자력 제1발전소 등의 청소업무에 대해 외주 용역업체와 1년 또는 2년 단위로 용역도급계약을 체결하여 왔고, 재입찰에 성공한 한두 개의 용역업체를 제외하고 용역 기간이 만료될 때마다 용역업체가 변경되었다. 근로자 3명(이하 '근로자 A, B, C' 및 통칭하여 '근로자들'이라 함)은 한울원자력본부와 용역도급계약을 체결한 용역업체 소속으로 근무하였는데, 근로자 B는 1997년 3월경, 근로자 C는 2002년 11월경 용역업체에 입사한 이래 청소용역을 담당하는 용역업체가 변경될 때마다 순차적으로 고용이 승계되어 위 발전소에서 근무하였고, 근로자 A는 2014년 4월경에 입사하

1) 사건의 경과 : 경북지방노동위원회 2014. 12. 15. 판정 2014부해783(각하) → 중앙노동위원회 2015. 2. 16. 판정 2014부해1342(초심 취소_근로자들 승) → 대전지방법원 2016. 6. 22. 선고 2015구합101077 판결(기각_재심 유지) → 대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11696 판결(기각_재심 유지) → 대법판결(기각_재심 유지).

였다. 근로자들은 2013년 9월 1일부터 2014년 8월 31일까지 청소용역을 위탁받은 이전 용역업체에 고용되어 2014년 8월 31일까지 한울원자력본부 사업장에서 근무하였다. 한울원자력본부는 2014년도 청소용역에 대하여 공개입찰을 진행하였고, 용역업체 X(원고)가 낙찰받아 2014년 8월경 새로이 용역계약(이하 '이 사건 용역계약'이라 함)을 체결하였다. 이 사건 용역계약의 내용에 포함된 2014년도 한울원자력 제1발전소 청소용역시방서(이하 '이 사건 청소용역시방서'라고 함)에서는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

① 계약상대자는 종업원을 채용하고자 할 때는 당해 업무를 수행할 수 있는 자만을 채용하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 현재 근무하고 있는 종업원을 고용승계 및 용역계약기간 중 고용 유지 하여야 한다(일반시방서 제10조 제1항).

② 근로계약서는 1년 단위로 계약이 성립되어야 한다(일반시방서 제10조 제4항).

③ 계약상대자는 청소용역 작업원 확보 시 원자력발전소의 특수성을 고려하여 특별한 경우를 제외하고는 기존 청소업체 종업원의 재채용을 원칙으로 하며, 결원자의 신규 채용 시는 발전소 인근 주민을 채용하되 인근 주민의 수급이 불가할 때는 감독원의 승인을 받아 타 지역 인원을 채용할 수 있으며, 채용된 작업원은 특별한 사유가 없는 한 용역계약기간 중 고용을 유지해야 한다(특기시방서 제4의 라항).

새로운 용역업체(이하 '용역업체 X'라 함)는 2014년 9월 1일 이전 용역업체에서 근무하던 23명 중 근로자 A, B, C를 포함하여 4명에 대해 고용승계를 거부하였다. 근로자들은 이에 대해 경북지방노동위원회에 구제신청을 하였으나 위 지노위는 용역업체 X가 근로자들의 근로관계를 승계할 의무가 없으므로 사용자로서의 당사자 적격을 부인하여 각하하였고, 이에 근로자들은 불복하여 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였다. 중노위는 초심을 취소하면서 "용역업체 X와 한울원자력본부가 체결한 용역계약서 및 청소용역시방서의 내용을 종합하면 근로자들은 용역업체 X에 대해 '고용관계의 승계에 대한 기대권'을 가지는 것이 당연"하다며 합리적 이유 없이 고용승계를 거부한 것은 부당해고로 판정하였다. 이 사건에 대한 행정소송 1심인 대전지방법원도 위 용역계약서 및 청소용역시방서 등을 근거로 용역업체 X에 근로자들의 고용을 승계할 의무가 있다고 판단하였다. 항소심인 대전고등법원은 "이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정은, 이러한 규정을 특별히 명시한 취지 등에 비추어 보면, 제3자인 참가인들에게 직접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하고, 이 경우 참가인들이 승낙의 의사를 표시(고용승계의 요구)한 이상, 원고로서는 이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정에 따라 참가인들에 대하여 고용승계의무를 직접 부담한다고 할 것이다."라고 판시함으로써 용역업체 X의 고용승계의무를 '제3자를 위한 계약'(민법 제539조2)의 법리에서 찾았다. 이의 상고심인 대법원은 위 **【판결 요지】**와 내용으로 판시하면서 용역업체 X의 상고를 기각하

였는데 원심에서 전개한 ‘제3자를 위한 계약’의 법리보다 ‘갱신기대권’의 법리를 원용하였다.

그간 대법원은 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’) 시행 이후 갱신기대권 법리를³⁾ 통해 기간제근로자의 고용 종료를 보호하였고, 이를 정규직 전환기대권⁴⁾으로 발전시켰고, 여기서 한 발 더 나아가 고용승계기대권으로 끌어올렸다. 중앙노동위원회가 ‘고용관계의 승계에 대한 기대권’의 용어를 처음 사용하였고, 이는 대법원에서도 그대로 받아들여졌다. 이로써 기대권 법리의 3탄이 완성된 셈이다. 종전의 기대권 법리는 동일한 사용자를 대상으로 기간제 근로계약이 갱신될 것이라거나 정규직(기간의 정함이 없는 근로계약)으로 전환될 것이라는 신뢰관계의 형성이었는데, 대상판결의 고용승계기대권은 변경된 새로운 사용자를 대상으로 전개하였다는 데에 큰 의의가 있다. 이러한 측면에서 대상판결은 앞선 기대권과 달리 더욱 엄격한 판단의 요소를 내세운 것으로 볼 수 있다. 대상판결은 ‘근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지 여부’(사용자의 입장에서 ‘고용승계의무가 인정되는지 여부’)의 일차적 판단 요소로 “새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약 내용”(판단 요소②)을 들고 있다. 이는 계약을 체결하였다면 이를 지켜야 한다는 로마법의 격언(“pacta sunt servanda”)을 굳이 언급하지 않아도, 제3자를 위한 계약인지를 따질 필요도 없이 당연한 논리적 귀결이다. 대상판결의 사안에서도 판단 요소②와 같은 ‘용역계약서 및 청소용역시방서’를 체결하였으므로 구태여 다른 요소를 언급하지 않아도 용역업체 X는 고용승계의무를 부담한다고 판단할 수 있다.

- 2) 민법 제539조(제3자를 위한 계약) ① 계약에 의하여 당사자일방이 제3자에게 이행할 것을 약정한 때에는 그 제3자는 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있다.
② 전항의 경우에 제3자의 권리는 그 제3자가 채무자에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시한 때에 생긴다.
- 3) 갱신기대권 법리: 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결(근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 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 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당하고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다.)
- 4) 정규직 전환기대권 법리: 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결(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 동기 및 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 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 부당하고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다.)

그런데 여기서 의구심이 드는 사항이 있다. 앞선 기대권 법리에서는 위 판단 요소④와 같은 ‘그러한 규정이 없더라도’ 관행 등의 여러 사정을 종합하여 갱신기대권 인정 여부를 판단하였는데, 위 대상판결은 위 두 가지 판례 법리를 원용하면서도 이와 같은 표현 없이 “해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등”(판단 요소⑥)과 나란히 열거하고 있다. 이러한 사실을 미루어 보면 대상판결은 판단요소④와 같은 고용승계와 관련된 명시적 약정이 없는 경우 새로운 용역업체의 고용승계의무를 인정하기 어렵다고 보는 것은 아닐까 싶다. 이러한 이유로 대상판결의 확장 가능성은 그리 크지 않을 것으로 보이나 현실에서 적극적으로 적용할 필요가 있다. 위 대상판결의 사안에서 근로자 B는 위 발전소에서 용역업체만 바뀐 채로 17년 6개월가량을, 근로자 C는 11년 9개월가량을 근로하였고, 용역업체 X는 2007년에도 한울원자력본부와 용역계약을 체결하고 고용을 모두 승계한 사실이 있었던 사정에 비추어 용역업체 X는 판단 요소④와 같은 명시적인 약정이 없이도 고용승계의무를 부담하다는 사실을 충분히 예견할 수 있었을 것으로 보인다. 근로자 입장에서 보면 용역업체 명칭만 변경되었을 뿐 그 자리에서 항상 같은 업무를 수행하는데 근로관계 승계법리가 적용되는 사업양도가 아니라는 이유로 업체의 변경만으로 일자리를 상실한다는 것은 납득하기 어려운 노릇이다. 이러한 사정을 종합적으로 판단하면, 대상판결이 기대권 법리를 발전시킨 의의는 있지만 이러한 문제를 제대로 해소하는 데는 한계가 있어 보인다. 이의 해결을 위해 2021년 5월 17일 송옥주 국회의원이 대표 발의한 ‘사업이전에서의 근로자 보호 등에 관한 법률안’처럼 영업양도뿐만 아니라 도급·용역업체 등의 변경을 포함한 사업이전으로 사업의 전부 또는 일부가 이전되는 경우 근로관계를 포괄적으로 승계하도록 입법화하는 해결 방안을 모색할 수 있다. 하루속히 입법화되기를 기대하고, 입법적 조치가 마무리되기 전이라도 용역 및 도급계약 등에 고용승계를 명시하도록 관련 지침 내지 규정을 마련할 필요가 있다. 한편 남은 기대권은 ‘정년 후 재고용 기대권’인데 조만간 대법원 판결이 나올 듯하고, 이는 같은 사용자를 대상으로 전개되는 것으로 어렵지 않게 인정될 수 있을 것으로 보이며, 기대권 법리의 4탄이 될 것이다. **KLI**

강선희(법학 박사)

보고서 결재 반려도 갑질에 해당하는가

- 울산지방법원 2021. 4. 15. 선고 2020구합330 판결 -

【판결 요지】

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서는 당해 처분의 적법을 주장하는 처분청인 피고에게 그 적법 여부에 대한 입증 책임이 있으므로(대법원 2007. 1. 12. 선고 2006두12937 판결 등 참조), 징계처분의 취소를 구하는 소송에서 처분청인 피고가 징계 사유가 존재한다는 점을 입증해야 한다. 원고가 보고서를 반려하는 경우 반려 사유를 기재하는 등으로 업무상 필요에 의해 이유를 제시하며 보고서를 수정·반려한 것으로 보이는바, 이와 같은 사정만으로는 원고가 해당 직원에게 갑질을 하여 지방공무원법상 성실의무를 위반하였다고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 처분은 그 징계 사유가 모두 인정되지 않으므로 위법하여 취소되어야 한다.

직장은 근로자들이 삶을 영위하는 곳으로 안전하고 건강한 일터에서 일을 할 권리는 근로자의 가장 기본적인 권리 중 하나이다. 그런데 병원에서의 ‘간호사 태움’이나, 일명 ‘땅콩 회항’으로 알려진 대기업 오너 일가의 폭언·폭행 사건 등이 사회적으로 큰 문제를 일으켰고, 어렵지 않게 직장 내 괴롭힘을 마주하게 되면서 이제 더 이상 직장 내 괴롭힘을 방치하기 어려운 수준에 이르게 되었다. 이에 직장 내 괴롭힘 금지에 대한 입법 요구가 높아졌고, 2018년 12월 27일 국회 본회에서 별도의 입법 형식이 아닌 「근로기준법」에 제76조의 2(직장 내 괴롭힘의 금지)를 신설해 ‘사용자 또는 근로자가 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정 범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무 환경을 악화시키는 행위’를 ‘직장 내 괴롭힘’으로 정의하고 이를 금지하는 개정 근로기준법이 의결되어 2019년 7월 16일부터 시행되고 있다.

한편, 현 정부에서는 100대 국정과제에 ‘직장 내 괴롭힘 근절을 위한 종합대책 마련’을 선정한 바 있으며, 2019년 2월 18일 공공분야 갑질 근절 종합대책의 후속 조치 중 하나로 「공공분야 갑질 근절을 위한 가이드라인」을 마련하였다. 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인에는 갑질의 주요 유형별 판단 기준, 조치와 대응 방안, 실제 사례, 갑질 위험도 진단 체크리스트 등의 내용을 담았는데, ‘갑질’은 사회·경제적 관계에서 우월적 지위에 있는 사람이 권한을 남용하거나, 우월적 지위에서 비롯되는 사실상의 영향력을 행사하여 상대방에게 행하는 부당한 요구나 처우를 의미하며, 주요 유형별 갑질로 ① 법령 등 위반, ② 사적 이익 요구, ③ 부당한 인사, ④ 비인격적 대우, ⑤ 기관 이기주의, ⑥ 업무 불이익, ⑦ 부당한 민원 응대, ⑧ 기타 사항이 있으며,

기타 사항의 유형으로는 따돌림, 부당한 차별행위, 모임 참여 강요, 갑질 피해 신고 방해 등으로 들고 있다. 이 가이드라인은 중앙행정기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따른 지방자치단체 출자·출연 기관 및 중앙행정기관 그리고 지방자치단체, 공공기관 등으로부터 공무를 위탁받아 행하는 기관·개인 또는 법인과 공무원으로 의제 적용되는 사람에게도 적용된다.

대상판결은 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인에서 정한 갑질행위를 하는 등 「지방공무원법」 제48조에 따른 성실의무를 위반하였음을 사유로 감봉 3개월의 징계 처분을 받은 자에 대하여 그 징계 처분의 정당성을 판단하기 위해 제한적이거나 갑질의 판단 기준 및 해당 여부를 살펴보고 판시한 사례로서 의의가 있다.

대상판결의 '사건 경과'를 살펴보면, 원고는 1989년 7월 15일 지방농업기원보로 임용되어 2018년 1월 1일부터 울주군청 과장으로 근무하다가, 2019년 7월 4일부터는 울주군 한 면의 면장으로 근무하였다. 원고는 2019년 4월 24일부터 2019년 5월 2일까지 소속 부서 직원 E가 작성한 보고서 3건을 수차례 수정·반려 처리하였고, 해당 직원 E가 사업 진행에 차질이 염려되어 불면증 등 스트레스를 겪게 되었다. 한편 원고는 2019년 5월경 울주군청 승강기에서 직원 E에게 '돼지비계'라는 표현을 하였으며, 소속 부서 직원들이 듣는 앞에서 지인과 사적으로 통화하면서 큰소리로 욕설을 하였다. 이에 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인에서 정한 갑질행위 및 「지방공무원법」 제48조에 따른 성실의무를 위반하였음을 징계 사유로 감봉 3개월의 징계 처분을 받았다. 원고는 2019년 11월 20일 소청심사를 청구하였으나 울산광역시소청심사위원회가 2020년 1월 17일 청구를 기각하자 "직원들에게 갑질을 하려는 의도도 없었고, 징계 사유에 해당한다고 해도 감봉 3개월은 지나치게 무겁다."라고 주장하며 징계 처분의 취소를 구하는 소송을 울산지방법원에 제기하였다.

울산지방법원은 제1 징계 사유인 보고서 결재 반려와 관련하여 "① 해당 직원이 2019년 4월 24일부터 5월 2일까지 9일간 상신한 보고서는 12건으로, 원고는 위 3건을 제외한 나머지 9건은 해당 직원이 보고서를 상신한 날 즉시 결재를 한 점, ② 원고는 보고서를 반려하는 경우 반려 사유를 기재하거나 해당 직원에게 구두로 설명한 것으로 보이는 점, ③ 원고는 회의 시 소속 직원들에게 긴급한 사항은 결재를 상신함과 동시에 이야기해 달라고 말한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 업무상 필요에 의해 이유를 제시하며 해당 직원이 작성한 보고서를 수정·반려한 것으로 보이는바, 이와 같은 사정만으로는 원고가 해당 직원에게 갑질을 하였다고 볼 수는 없다."라고 판단하였다. 또한 울산지방법원은 제2 징계 사유인 '돼지비계'라는 표현에 대해서도 "① 당시 승강기에 같이 있었다고 하는 울주군청 축수산과 소속 F는 원고가 해당 직원에게 운동을 독려한 사실은 있으나 돼지비계라는 단어로 비교한 사실은 없다는 상반된 진

술을 하고 있어, 원고가 해당 직원에게 위와 같은 특정한 단어를 사용하였다고 단정하기 어려운 점, ② 설령 원고가 해당 직원에게 위와 같은 단어를 사용하였다고 하더라도 원고와 해당 직원과의 관계, 발언 횟수, 당시 상황, 원고의 발언 의도 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 사정만으로 원고가 해당 직원에게 갑질을 하였다고 보기는 어렵다.”라고 판단하였다. 마지막 징계 사유인 직원들 앞에서 타인(G 농업협동조합장)과 통화를 하면서 목소리를 높였던 점도 “G 농협 직원이 소속 부서 직원에게 항의를 하며 부적절한 말(소속 직원에게 ‘아줌마’로 호칭, ‘한 대 맞을 랍니까’라는 표현 사용)을 했던 사건이 발생했던 것으로 보이고, 원고는 위와 같은 사건을 보고 받고 이에 항의하는 과정에서 다소 거친 언동을 하였던 것으로 보이는데, 위와 같은 사정만으로 원고가 지방공무원법상 성실의무를 위반하였다고 보기는 어렵다.”라고 판단하면서 원고에 대한 감봉 3개월의 징계 처분은 그 징계 사유가 모두 인정되지 않으므로 위법하여 취소되어야 한다고 판시하였다.

근로기준법상 ‘직장 내 괴롭힘’ 및 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인상 ‘갑질’은 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위 내지 사회·경제적 관계에서의 우월적 지위를 이용할 것을 요건으로 한다. 또한 적어도 업무 관련성과 관련한 요건을 요구하면서 ① 업무 관련성이 있는 상황에서 ② 업무상 필요성이 인정되지 않거나, 인정되더라도 사회통념상 상당하지 않을 경우에 성립하게 된다. 그런데 사용자의 인사 조치나 상급자의 업무 지시 등은 인사권 내지 노무지휘권의 일환으로 볼 수 있으므로 상당한 재량성을 가지고, 다만 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 있는 경우, 사회통념상 범위를 벗어나는 예외적인 경우에 한해 직장 내 괴롭힘 또는 갑질에 해당할 수 있다.

직장 내 괴롭힘 또는 갑질은 다양한 유형과 형태로 나타나고 있어 직장 내 괴롭힘 또는 갑질 여부는 당사자의 관계, 행위 장소(공개된 장소 여부 등) 및 상황(근무시간 여부, 대안이 없는 불가피한 행위 여부, 업무 내용, 그간 당사자와의 관계 등), 행위에 대한 피해자의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적인지 지속적인 것인지 여부 등 구체적인 사정을 참작하여 종합적으로 판단할 수밖에 없다.

그런데 상황에 따라 정당한 업무 지시인지, 직장 내 괴롭힘 또는 갑질인지 여부가 불분명하고, 그 경계에 놓인 경우가 많다. 또한 개인적 특성 및 처한 상황에 따라서 똑같은 상황에서 누군가는 불편해하고 스트레스를 받지만, 또 누군가는 문제없이 업무를 수행한다. 업무상 정당 하더라도 행위자의 의도와 무관하게 받아들이는 사람의 판단에 따라 괴롭힘 또는 갑질이 될 수도 있다는 측면에서 문제 된 행위를 피해자와 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 신체적·정신적 고통이나 근무 환경 악화가 발생할 수 있다는 점이 인정되거나 부당한 것으로 볼 수 있을 때 직장 내 괴롭힘 또는 갑질로 인정될 수 있을 것이다.

그렇다면, 직원이 상신한 보고서 12건 중 9건은 상신한 날 즉시 결재를 하고 나머지 3건에

대해서는 보고서 반려 시 반려 사유를 기재하거나, 해당 직원에게 구두로 설명한 사정 등을 토대로 갑질에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단한 대상판결의 결론은 수긍이 가고 타당하다고 판단된다. 다만, 만약 반대로 직원이 상신한 보고서 12건 중 9건을 특별한 사유 없이, 별다른 설명과 피드백 없이 계속 반려하였다면 갑질에 해당하는 것으로 볼 수 있겠다.

직장 내 괴롭힘 금지 또는 갑질 피해자 보호라는 입법 및 가이드라인 제정 취지에 대해서는 백번 공감하고 직장 괴롭힘 또는 갑질은 반드시 근절되어야 하지만, 부하 직원 또는 하급자의 업무 미숙이나 지시 불이행 등에 대한 상급자의 정당한 업무 지도 내지 업무 지시는 존중받고 인정되어야 한다. 이때 어떤 기준으로 상급자의 부하 직원 또는 하급자에 대한 업무 지도 내지 업무 지시를 정당한 것으로 판단할 것이냐의 문제와 관련하여 호주 공정노동법이 “적당한 수단에 의한 합리적인 관리 조치(Reasonable management action carried out in a reasonable manner)는 괴롭힘이 아니다.”라고 명시한 부분을 참조할 수 있겠다.¹⁾ 물론 상급자의 업무 지도 내지 업무 지시가 적당한 수단에 의한 합리적인 관리 조치에 해당하는지 또한 판단의 영역에 속하는 것이지만, 결국 판례에서 제시하는 업무 능률의 증진, 직장 질서의 유지나 회복, 근로자간의 인화단결, 근로자 의욕 증대, 업무 운영 원활화 및 경영 능률 증진 등 업무상 필요가 존재하고, 그 조치가 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 바라보았을 때 합리적이라면 직장 내 괴롭힘 또는 갑질에 해당한다고 보기는 어려울 것이다.

직장 괴롭힘 금지 입법 및 갑질 근절 가이드라인 제정 이후 직장 내 괴롭힘 또는 갑질의 다양한 유형과 판단 사례들이 축적되고 있고, 기업 현장뿐만 아니라 사회적으로 직장 내 괴롭힘 또는 갑질이 현저하게 줄어들고 있다는 점은 긍정적이지만, 아직 우리가 가야 할 길이 멀기에 노사 및 사회경제 주체들이 직장 내 괴롭힘 내지 갑질을 근절하고 분쟁을 예방하는 시스템을 더욱 공고히 할 수 있기를 기대해 본다. **KLI**

권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

1) To avoid doubt, subsection (1) does not apply to reasonable management action carried out in a reasonable manner(FAIR WORK ACT 2009 – SECT 789FD (2)); 곽용희(2018), 「호주 직장괴롭힘 법(Fair work act)이 던지는 교훈」, 월간 『노동법률』(2018년 10월호 vol.329), (주)중앙경제.