

노동판례리뷰

용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계기대권 및 두 가지 의문

- 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 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 부당하고, 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 계약내용, 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.

1) 사건의 경과 : 강원지방노동위원회 2018. 9. 12. 판정 2018부해179(근로자 승)→중앙노동위원회 2019. 1. 24. 판정 2018부해1198(초심유지_근로자 승)→서울행정법원 2019. 9. 26. 선고 2019구합57367 판결(기각_근로자 승)→서울고등법원 2020. 7. 9. 선고 2019누59402 판결(기각_근로자 승)→대상판결(기각_근로자 승).

1. 사건의 개요 및 쟁점

고용승계기대권을 명시적으로 인정하는 최초의 대법원 판결(대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결²⁾, 이하 ‘대법원 2016두57045 판결’이라 함)이 나온 지 한 달여 만에 위 대법원 2016두57045 판결과 근거를 달리하여 고용승계기대권을 인정하는 대법원 판결이 나왔다. 우선 사실관계를 살펴보자. 근로자A는 2009. 10. 1.부터 대한석탄공사 장성광업소(이하 ‘장성광업소’라 함)에서 장성광업소와 선탄관리작업 용역계약을 체결한 여러 용역업체에서 선탄작업을 수행하였다. 근로자A의 근무이력은 아래와 같다.

근무기간	2009. 10. 1.~ 2011. 9. 30.	2011. 10. 1.~ 2015. 3. 31.	2015. 4. 1.~ 2017. 3. 31.	2017. 4. 1.~ 2018. 3. 31.	2018. 4. 1.~ 2018. 12. 31.
소속 용역업체	U	W	X	Y	X

용역업체X(원고)는 2018. 3. 29. 장성광업소와 선탄작업관리 용역계약(계약기간: 2018. 4. 1.~ 2018. 12. 31.)을 체결하고, 종전 용역업체Y에서 근무하던 18명(선탄작업 근로자 11명) 중 근로자A를 제외한 17명(선탄작업 근로자 10명)과 새롭게 근로계약서를 작성하여 기존과 같은 근로조건으로 근무를 계속할 수 있도록 하였다. 용역업체X는 위 표에서 보았듯이 2015년에 장성광업소와 선탄작업관리 용역계약을 체결한 적이 있고, 그 당시에도 용역업체W로부터 근로자A의 고용을 승계한 사실이 있다. 근로자A는 종전 용역업체Y에서 근무하던 2017. 12.경 손가락 골절상의 업무상 재해를 입고 치료를 받던 중 2018. 3.경 용역업체Y로부터 향후 용역업체가 변경될 예정이라는 연락을 받고 출근하였다. 용역업체X는 2018. 4. 2. 근로자A에게 다친 손가락에 대한 의사 소견서 제출을 요구하였고, 근로자A는 2018. 4. 3. ‘일상 직업 복귀에 지장이 없는 상태’라는 내용의 의사 소견서를 제출하였다. 근로자A는 용역업체X의 요구로 2018. 4. 8. “다친 손가락에 관해 용역업체X에게 민형사상 책임을 묻지 않겠다.”라는 취지의 각서 및 인감증명서를 제출하였다. 근로자A가 속한 노동조합은 용역업체X에게 “근로자A가 장성광업소의 작업장에 2018. 6. 1.부터 출근할 수 있게 해 달라.”라는 취지의 문서를 보내자 용역업체X는 2018. 5. 31. 근로자A가 속한 노동조합에 “근로자A의 고용계약을 승계할 의사가 없다.”라는 내용의 문서를 송부함으로써 해고하였다. 이에 근로자A는 용역업체X가 고용을 승계할 의무가 있는데도 합리적 이유 없이 고용승계를 거부한 것은 부당해고라며 구제신청을 하였고, 노동위원회를 거쳐 위 대상판결의 대법원에 이르기까지 용역업체X에게 고용승계의무를, 근로자A에게 고용승계기대권을 인

2) 이 판결에 대한 평석으로 강선희(2021), 「용역업체 변경 시 고용승계기대권」, 『노동리뷰』 7월호, 한국노동연구원, pp.101~104 참조.

정하는 판정 및 판결을 하였다. 용역업체X는 부가적으로 근로자A가 종전 용역업체Y와 체결한 기간제 근로계약의 기간이 만료되었고, 갱신기대권도 없다고 주장하였다. 부가적 주장에 대해 원심 고등법원은 사실상 무기계약 법리(대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두16901 판결)를 원용하여 종전 용역업체Y 등과 근로자A 사이에 작성된 근로계약서에서 정한 기간은 단지 형식에 불과하므로 근로자A는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있다고 판단하였다. 이 부분은 이 글에서 다루지 않는다.

2. 고용승계기대권을 인정한 논거

대상판결은 위 대법원 2016두57045 판결(위 【판결요지】와 같은 내용)을 전제로 아래와 같이 판단한 원심(서울고등법원 2020. 7. 9. 선고 2019누59402 판결)과 같은 이유로 근로자A에게 새로운 용역업체인 원고에 고용이 승계되리라는 정당한 기대를 가지고 있다고 판단하였다.

- 논거1: 근로자A는 2009. 10. 1. 이래 여러 차례 용역업체가 바뀌는 과정에서도 근로기간의 단절 없이 고용관계의 승계를 인정받아 계속 근무하였고, 특히 “근로자A는 2015년 용역업체X에 고용승계 되어 근무한 적도 있으므로 용역업체X가 근로자A와 용역업체Y 사이의 고용관계를 승계하리라는 정당한 기대권을 가지고 있었다고 판단된다.”라고 판시하였다.
- 논거2: 용역업체X는 이전 용역업체Y의 선탄작업 근로자 11명 가운데 근로자A를 제외한 10명에 대한 고용을 모두 승계한 사실에 비추어 기존 용역업체의 근로자에 대한 고용승계 의무가 있다는 점을 인식하고 있었다고 볼 수 있다.
- 논거3: 2009년부터 장성광업소의 용역업체에서 근로하면서 본인의 의사에 반하여 고용승계가 거부된 근로자는 없었던 것으로 보인다.

앞선 대법원 2016두57045 판결은 위 【판결요지】에서 “새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용”에 해당하는 ‘용역계약서 및 청소용역시방서’를 근거로 고용승계의무를 인정하였다. 대상판결은 위와 같이 고용을 승계하기로 하는 명시적인 약정이 없이 관행 등을 근거로 고용승계의무를 인정하였다. 필자는 대법원 2016두57045 판결에 대한 평석³⁾에서 과연 대법원이 고용승계에 관한 명시적 약정이 없더라도 관행 등의 여러 사정을 종합하여 고용승계기대권을 인정할 수 있을지에 대한 의구심을 표명하였는데, 위 대상판결로 그러한 우려는 일부 덜어낸 듯하다.

3) 각주 2) 참조.

3. 두 가지 의문

대상판결과 앞선 대법원 2016두57045 판결의 사안에서 공통점이 있다면 새로운 용역업체가 예전에도 도급업체 사업장에서 용역을 받은 적이 있어 고용승계 관행을 알았고, 근로자들이 장기간(9년 정도에서 17년간) 근무하였다는 사정이다. 여기서 두 가지 의구심이 있는데, 하나는 같은 사업장에서 장기간 근로계약을 반복하여 갱신하거나 체결하면서 오랫동안 근로한 근로자와 그렇지 않은 근로자 사이에 고용승계기대권의 인정 여부를 달리 판단할 수 있는지 여부이고, 다른 하나는 고용을 승계하는 관행만(‘도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행’)으로 새로운 용역업체에게 고용승계의무를 인정할 수 있는지 여부이다.

첫 번째 의문을 먼저 살펴보면, 예컨대 근로자들(10여 명)이 용역업체의 변경에도 같은 사업장에서 같거나 유사한 업무를 하며 근로자1은 20년간, 근로자2는 10년간, 나머지는 짧게는 3개월에서 많게는 5년을 계속 근무한 경우 10년 내지 20년간 근무한 근로자1·2의 입장에서는 계속해서 변경된 용역업체에 승계되어 같은 사업장에서 근무하였기 때문에 새로운 용역업체에 승계될 것이라는 기대감이 생길 수 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 고용승계기대권은 근로자 개별이 갖는 ‘주관적 기대’가 아니라 ‘해당 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정’(위【판정요지】의 밑줄 친 부분)을 통해 인정되는 ‘객관적 기대’이므로 일부 근로자가 단기간 근로하였더라도 여러 사정을 종합하여 보았을 때 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 객관적으로 형성되었다면 기대권을 인정할 수 있을 것으로 보인다.⁴⁾ 역으로 근로자의 일부가 장기간 근무한 사정만으로 새로운 용역업체에게 근로자의 고용을 승계할 의무를 인정하기 어려울 수 있고, 장기간 근무한 해당 근로자에 대해서만 고용승계기대권을 인정하는 것도 아니다. 고용승계기대권 인정 여부를 판단할 때에는 ‘해당 근로관계’뿐만 아니라 ‘해당 용역계약’을 둘러싼 여러 사정을 고려해야 하므로 용역업체의 변경에 따라 고용변동이 발생하는 해당 업체의 근로자 전체를 기준으로 판단해야 한다. 다만, 고용승계기대권을 부인할 만한 ‘특별한 사정’(“특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계되리라는 기대권이 인정된다.”)이 있는지 여부는 해당 근로자를 기준으로 판단해야 할 것으로 보인다.⁵⁾ 따라서 일차적으로 근로자별로 고용승계기대권 인정 여부를 달리 판단할 수 없으나 일단 고용승계기대권이 인정된다면 일차적으로 근로자 개별에게 특별한 사정이 있을 경우 해당 근로자에게 고용승계기대권이 부인될 수 있다. 그러나 근무기간이 짧다는 사실은 고용승계

4) 정규직 전환 및 갱신기대권도 근로자 개인의 주관적 기대가 아니라 명시적 규정 및 ‘당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정’(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등)을 통해 인정되는 ‘객관적 기대’라는 측면에서 해당 근로자가 단기간 근로하였더라도 위와 마찬가지로 판단이 가능하다. 그러나 나머지 부분은 고용승계기대권과 맥락을 달리하므로 별도로 판단하여야 한다.

5) 이러한 부분은 정규직 전환 및 갱신기대권과 차이가 있다.

기대권을 부인할 특별한 사정이라고 보이지 않는다.

두 번째 의문의 경우 대상판결은 도급업체 사업장에서 용역업체 변경에 따라 고용을 승계하는 기존 관행만으로 고용승계의무를 인정하기 어렵다고 판단하는 것으로 보인다. 앞서 살펴본 논거 세 가지 및 판정요지의 내용(‘새로운 용역업체와 근로자들의 인식’)에 비추어 보면 대상판결은 새로운 용역업체가 용역업체가 바뀌더라도 종전 용역업체의 고용을 승계하는 관행이 있는 것을 알았거나 고용을 승계할 의무가 있다는 것을 알 수 있어야 한다고 판단하는 것으로 보인다. 새로운 용역업체의 입장에서는 자신이 어떠한 의무를 부담해야 하는지를 알 수 있어야 한다는 측면에서 보면 일응 수긍이 간다.

지난번 글에서도 밝혔듯이 용역 및 도급계약 등에 고용승계를 명시하도록 관련 지침 내지 규정을 마련할 필요가 있고, 최소한 용역 및 도급계약 입찰 공고 시 고용승계를 조건으로 하는 것이 필요하다고 본다. 이로써 용역업체 등의 변경 시 고용을 승계하는 관행이 사회 전반에 형성되어 당연한 것으로 인식되어 고용승계기대권 인정 여부를 법적으로 다투지 않는 그런 때가 오길 기대한다. **KLI**

강선희(법학 박사)

육아휴직급여 산정에서 통상임금성 판단

- 대법원 2021. 6. 3. 선고 2015두49481 판결 -

【판결 요지】

(1) 고용보험법 제70조 제2항(이하 '이 사건 조항'이라고 한다)은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정이다.…… 원심이 이 사건 조항을 훈시규정이라고 한 부분은 적절하지 않으나, 추가 지급을 구하는 육아휴직급여청구권이 시효로 소멸하지 않았다고 판단한 결론은 정당하다.

(2) 복지포인트는 근로기준법에서 말하는 임금에 해당하지 않고, 그에 따라 통상임금에도 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

1. 사건개요 및 쟁점

통상임금 판단기준에 관한 장문(長文)의 범리를 제시한 2013년 대법원 전원합의체 판결¹⁾(이하 '2013년 전합 판결') 이후에도 통상임금 관련 소송은 끊이지 않는다. 흔히 통상임금 소송이라 불리는데, 실상은 「근로기준법」(이하 '근기법') 제56조의 '가산임금' 소송이다. 가산임금 분쟁이라고 명명해주는 것이 더 정확하다. 그런데 대상판결은 가산임금이 아닌 「고용보험법」(이하 '고용보험법')상 '육아휴직급여'의 산정기초인 통상임금 분쟁이란 점이 특징이다. 육아휴직급여 산정 시의 통상임금 분쟁은 하급심 판결에서 몇 개 있었는데,²⁾ 대법원 판결은 대상판결이 처음인 듯하다.

근로자 甲(원고)은 근로복지공단에서 근무하다가 1년 동안(2010. 11. 15.~2011. 11. 14.) 육아휴직을 하였다.³⁾ 원고는 '중부지방고용노동청 안양지청장(피고)'에게 육아휴직급여를 신청했는데, 당시의 육아휴직급여액은 '월 통상임금의 40%'를 매월 지급하되 그 상한액은 '월 100만 원'이다(예컨대, 월 통상임금이 250만 원 이상인 근로자는 상한액인 월 100만 원의 육아휴직급여를 받게 된다). 피고는 '원고가 받은 기본급과 자격증수당만 통상임금에 해당한다.'며, 육아휴직급여 12개월분으로 총 8,198,720원(월 평균 683,227원)을 지급하였다.

1) 갑을오토타 사건으로 널리 알려진 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

2) 서울행정법원 2014. 3. 27. 선고 2013구합21786 판결; 부산지방법원 2015. 2. 12. 선고 2014구합4497 판결. 또한 2013년 전합 판결 이전의 육아휴직급여 사례로는 서울행정법원 2013. 4. 26. 선고 2012구합29806 판결이 있다.

3) 본 사건에서 육아휴직을 사용한 원고는 2명인데, 나머지 1명의 원고에 대한 부분은 논의의 편의를 위해 생략한다.

2014. 1. 3. 원고는 '상여금(연 600%), 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비, 복지포인트도 통상임금에 해당한다.'며 이를 기초로 재산정한 육아휴직급여와 이미 지급받은 급여와의 '차액'을 달라고 피고에게 신청하였다. 그러나 피고는 육아휴직급여 전액이 제대로 지급되었다며 원고의 신청을 반려하는 처분을 하였다. 원고는 이 반려처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

대상판결의 쟁점은 두 가지이다. 첫째, 원고는 육아휴직이 끝난 날로부터 약 2년 2개월이 지난 시점에 육아휴직급여 차액을 신청하였는데, 이 차액 청구권의 소멸시효가 완성되었는지 여부이다. 고용보험법 제70조 제2항의 육아휴직급여 신청기간(육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내)과 동법 제107조 제1항의 육아휴직급여를 받을 권리의 소멸시효(3년) 중에 어떤 규정을 적용할지의 문제이다. 둘째, 육아휴직급여의 산정기초가 되는 통상임금의 범위이다. 원고가 주장한 바와 같이 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비, 복지포인트가 통상임금에 해당하는지이다.

2. 판결요지

첫째, 육아휴직급여 차액 청구권의 소멸시효와 관련하여, 대상판결이 참조한 기존의 판례법리는 두 가지이다. ① 고용보험법 제70조 제2항의 육아휴직급여 신청기간은 강행규정이므로, 근로자는 육아휴직이 끝난 날부터 12개월 이내에 육아휴직급여를 신청해야 한다.⁴⁾ ② 그러나 근로자가 받은 육아휴직급여가 정당한 급여액에 미치지 못하는 경우의 육아휴직급여 '차액'은 고용보험법 제107조 제1항의 소멸시효인 3년 이내에 청구할 수 있다.⁵⁾

대상판결은 위 법리에 따라, 원고가 육아휴직이 끝난 날(2011. 11. 14.)부터 3년이 경과하기 전인 2014. 1. 3.에 이 사건 육아휴직급여 차액을 신청한 사실을 인정하고, 원고의 차액 신청에 대해서는 고용보험법 제107조 제1항의 소멸시효가 적용되므로, 원고의 신청은 정당하다고 판단하였다. 한편 대상판결의 원심이⁶⁾은 제70조 제2항의 육아휴직급여 신청기간을 훈시규정으로 잘못 파악하긴 했으나, 결론적으로 제107조 제1항의 소멸시효 3년을 적용하여 원고의 신청을 정당하다고 판단했기에, 원심이 파기되지는 않았다.

둘째, 통상임금 범위와 관련하여, 원심은 2013년 전합 판결의 법리에 따라 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비는 통상임금에 해당한다고 판단하였고, 대상판결도 이를 긍정하였다. 문제는 복지포인트이다. 원심은 복지포인트까지 통상임금으로 인정하였으나, 대상판결은

4) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결. 이 판결에 대한 평석은 노호창(2021), 「육아휴직급여 신청기간의 법적 성격」, 『노동리뷰』 5월호, 한국노동연구원, pp.89~96.

5) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두59683 판결.

6) 서울고등법원 2015. 7. 9. 선고 2015누35415 판결.

복지포인트의 임금성을 부정한 선례⁷⁾에 따라 복지포인트는 통상임금에 해당될 수 없다고 판단하였다.

결론적으로 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비는 통상임금으로 인정되었으므로, 원고는 육아휴직급여 차액을 추가로 받을 수 있게 되었다.

3. 다원적인 통상임금 판단기준

대상판결은 기존 판례법리를 충실하게 따라 판단했기에 법리적으로 문제될 것은 없으나, 한 가지 아쉬움은 남는다. “육아휴직급여 산정 시의 통상임금 판단도 2013년 전합 판결의 법리를 꼭 따라야 하는가?”라는 질문을 제기하지 못한 아쉬움이다.

통상임금이 산정기초로 사용되는 경우는 가산임금, 해고예고수당, 연차휴가수당, 출산휴가급여, 육아휴직급여 등으로 다양하다. 그런데 2013년 전합 판결의 법리를 잘 보면, 이것은 ‘가산임금’ 산정을 위한 통상임금 법리란 것을 알 수 있다. 2013년 전합 판결은 고정성을 ‘가산임금’의 산정기준으로 기능하기 위한 본질적인 성질로 보며, 근로자가 “임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점”에 어떤 조건⁸⁾을 성취했는지 여부를 반복적으로 실시하고 있기 때문이다.

노사 간의 이해관계가 치열하게 대립하는 가산임금 분쟁에서 정립된, 그 복잡하기 그지없는 2013년 전합 판결의 법리를, 사회보험법 영역의 육아휴직급여를 산정하는 경우에도 그대로 적용할 필요가 있을까? 필자는 해석론적으로 ‘가산임금’ 산정 시의 통상임금과 ‘다른 수당’(해고예고수당, 연차휴가임금, 출산휴가급여, 육아휴직급여 등) 산정 시의 통상임금의 판단기준은 다를 수 있다고 생각한다. 주요 근거는 다음과 같다.⁹⁾

첫째, 애초에 통상임금은 ‘가산임금의 도구개념’으로 탄생했다(통상임금의 ‘연혁’). 1953년 제정 근기법에서 통상임금이 사용된 곳은 오로지 가산임금뿐이었다. 그래서 통상임금은 필연적으로 시간급 환산이 필요하다(1954년 제정 근기법시행령 제24조¹⁰⁾ 참조). 1961년 개정 근기법부

7) 대법원 2019. 8. 22. 선고 2016다48785 전원합의체 판결.

8) 근속기간, 기술, 경력, 지급일 재직, 근무일수 총족 등의 조건.

9) 자세한 근거는 방강수(2019), 「통상임금 법리의 이원화(二元化) -가산임금 외의 ‘다른 수당’ 산정시의 통상임금 법리」, 『법학논총』, 36(4), 한양대학교 법학연구소, pp.261-298 참조.

10) 제24조 법 제46조의 규정에 의한 통상임금이라 함은 다음 각호에 의하여 산정한 것을 말한다.

1. 시급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
2. 일급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정 근로시간수로써 제한 금액
3. 주급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정 근로시간수로써 제한 금액
4. 월급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정 근로시간수로써 제한 금액
5. 월, 주 이외의 일정한 기간으로써 정하여진 임금에 대하여는 전각호에 준하여 산정된 금액
6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금 산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을

터 다른 수당으로 통상임금 사용이 확대되었다. 둘째, 가산임금과 다른 수당의 기준임금은 각각 ‘기능’이 전혀 다르다. 가산임금의 기준임금은 사전에 확정될 필요가 있지만(이른바 ‘고정성’ 필요), 다른 수당의 기준임금에 고정성이 있어야 할 필요는 전혀 없다. 이와 같이 연혁과 기능이 전혀 다르므로, 가산임금과 다른 수당의 통상임금을 동일한 기준에 따라 판단할 필요는 없다.

따라서 다른 수당에서 통상임금성을 판단할 때에는 2013년 전합 판결의 고정성 법리를 따를 필요가 없다. 간단명료하게, 통상임금이 아닌 것이 명백한 임금(연장·휴일근로수당 등)을 제외하고, ‘소정근로에 대하여 지급하기로 정한’ 모든 임금을 통상임금으로 넓게 인정해야 할 것이다. 특히나 대상판결 사안과 같은 육아휴직급여 산정 시에는 더욱더 간명할수록 좋다.

본 사건은 원고가 12개월분의 육아휴직급여로 총 8,198,720원(월 평균 683,227원)을 받았다가, 상여금 등의 통상임금성을 주장하며 육아휴직급여 차액을 청구한 것이다. 당시 육아휴직급여 상한액은 월 100만 원(12개월분 1,200만 원)이므로, 원고가 청구 가능한 차액의 최대치는 3,801,280원이다. 400만 원도 채 안 되는 청구 금액이다. 원고가 육아휴직급여를 신청하여 받은 것은 2010~11년이다. 2021년의 대상판결까지, 잘못 산정된 육아휴직급여를 시정하기까지 10여 년의 시간이 걸린 셈이다. ‘소모적 분쟁’이라고 생각한다.

이런 상황은 고용노동부(이하 ‘노동부’) 지침에서 비롯된다. 노동부의 「통상임금 산정지침」¹¹⁾은 근기법 시행령 제6조의 통상임금의 개념과 범위를, 근기법을 비롯한 노동관계법령상의 통상임금에 일관성 있게 적용하는 것을 목적으로 한다(지침 제1조). 이 때문에 노동실무에서는 일원화(一元化) 관점으로 통상임금을 파악하고 있다. 이 지침이 있는 한 통상임금의 다원적 해석은 어려울 것이다. 국가가 지급하는 사회보험급여에서 2013년 전합 판결의 그 복잡한 법리를 적용하는 것은 소모적 논쟁이라는 점에서, 노동부 지침부터 다원적 관점으로 변경하는 것이 시급하다.

가산임금, 해고예고수당, 연차휴가임금, 출산휴가급여, 육아휴직급여 등의 기준임금(통상임금)은 각각의 ‘기능’에 따라 충분히 달리 해석될 수 있다. 다른 예로, 노동법에서 가장 기본이면서 중요한 개념인 ‘근로자’의 판단기준도 법률이나 조문마다 달리 해석하고 있다. 최근 서울고등법원은 근기법상 근로자와 산재보험법상 근로자의 판단기준은 다르다고 했으며,¹²⁾ 나아가 연구자들 중에도 조문마다 근로자성을 달리 판단해야 한다는 해석론을 펼치고 있다.¹³⁾ 마찬가지로

당해 임금산정기간(賃金磨勘日)이 있는 境遇에는 賃金磨勘期間. 以下 같다)의 총근로시간수로서 제한 금액
 7. 근로자가 받는 임금이 전각호의 20이상의 임금으로써 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 전각호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산액
 11) 고용노동부예규 제47호, 2012. 9. 25, 일부개정. 이 지침은 1988. 1. 14. 노동부 예규 제150호로 제정된 이래 수차례 개정되었다.
 12) 서울고등법원 2020. 9. 18. 선고 2019나2022249 판결.
 13) ① 유성재 교수는 근기법의 각 규정에서의 근로자 개념은 해당 규정의 목적에 따라 달리 형성될 수 있다고 한다 (유성재(2019), 『제2장. 목적론적 접근』, 박제성 외, 『자영업자 사회법제 연구』, 한국노동연구원, p.111). ② 박

지로 통상임금도 충분히 다원적으로 해석할 수 있고, 또 그래야 할 필요성도 크다.

2013년 전합 판결의 복잡한 법리를 벗어나서 보면, 원고가 지급받은 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비는 모두 '소정근로에 대하여 지급하기로 정한' 임금이다. 즉, 연장근로 등을 하지 않더라도 그냥 1주 40시간의 소정근로만 제공하면 지급되는 임금이다. 만약에 다원적 관점의 노동부 지침이 있었다면, 그래서 가산임금이 아닌 '다른 수당'에서는 통상임금을 이처럼 간명하게 판단할 수 있었다면, 400만 원도 채 안 되는 육아휴직급여 차액을 청구하여 받기까지 10여 년이 걸리는 일은 없었을 것이다.

2013년 전합 판결의 복잡한 법리를 가산임금 외의 다른 수당에도 일원화하여 적용하는 것은, 법적 안정성이나 예측 가능성 측면에서 모두 문제가 많다. 가산임금 분쟁은 그렇다 치더라도, 다른 수당에서만큼은 아주 간명한 기준으로 통상임금성을 판단해야 할 것이다. 그리고 다른 수당에서는 가산임금만큼 노사 간의 이해대립이 심하지도 않다. 다원적 관점의 「통상임금 산정지침」을 새로 만들더라도 노사의 반발은 크지 않을 것이다. **KLI**

방강수(한양대학교 공익소수자 인권센터 연구원, 법학 박사)

제성 박사는 안전과 보건에 관한 근기법 제76조의 근로자는 특수고용종사자를 포함하는 넓은 개념으로 해석할 수 있다고 한다(박제성(2020), 「당장의 실천을 위한 몇 가지 방안」, 『전태일 50주기 토론회: 자기 땅에서 소외된 노동자들 - 노동법의 보편적용을 위하여』, 한국노동연구원, pp.26~27). ③ 고수현 박사는 근기법상 근로자를 세 가지로 구분하여 해석하는 '다원적 근로자 개념'을 제시하고 있다(고수현(2021), 『프랜차이즈 가맹점주의 근로자성』, 한양대학교 박사학위논문, pp.147~196).

경영상 해고에서 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’의 의미

- 대법원 2021. 7. 29. 선고 2016두64876 판결 -

【판결 요지】

(1) 사용자가 일부 사업 부문을 폐지하고 ... 폐업으로 인한 통상해고로서 예외적으로 정당하기 위해서는, 일부 사업의 폐지·축소가 사업 전체의 폐지와 같다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되어야 한다. 이때 일부 사업의 폐지가 폐업과 같다고 인정할 수 있는지는 해당 사업 부문이 인적·물적 조직 및 운영상 독립되어 있는지, 재무 및 회계의 명백한 독립성이 갖추어져 별도의 사업체로 취급할 수 있는지, 폐지되는 사업 부문이 존속하는 다른 사업 부문과 취급하는 업무의 성질이 전혀 달라 다른 사업 부문으로의 전환배치가 사실상 불가능할 정도로 업무 종사의 호환성이 없는지 등 여러 사정을 구체적으로 살펴 종합적으로 판단하여야 한다.

(2) 해고대상자 선정기준은 단체협약이나 취업규칙 등에 정해져 있는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 하고, 만약 그러한 기준이 사전에 정해져 있지 않다면 근로자의 건강상태, 부양의무의 유무, 재취업 가능성 등 근로자 각자의 주관적 사정과 업무능력, 근무성적, 징계 전력, 임금 수준 등 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시키되, 근로자에게 귀책사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준을 설정하여야 한다. 경영상 이유에 의한 해고에 앞서 전환배치를 실시하는 경우 전환배치대상자 선정기준은 최종적으로 이루어지는 해고대상자 선정에도 영향을 미치게 되므로, 전환배치 기준은 해고대상자 선정기준에 준하여 합리성과 공정성을 갖추어야 하고, 이에 관한 증명책임 역시 이를 주장하는 사용자가 부담한다.

경영상 이유에 의한 해고(이하 경영상 해고!)는 근로자의 일신 내지 행태상 이유가 아닌, 사용자 측의 경영상 사정에 의한 해고이다. 따라서 「근로기준법」은 해고 보호의 일반 원칙(해고의 정당한 이유, 해고의 예고 등)과 별도로 그 법적 기준과 절차를 별도로 규정하고 있다. 경영상 해고가 정당하기 위해서는 ‘긴박한 경영상의 필요성’, ‘해고 회피 노력’, ‘해고대상자 선정에 있어서 합리적이고 공정한 기준’, ‘근로자대표에게 50일 전 통보 및 성실한 협의’가 있어야 한다

1) 대법원에서는 경영상 이유에 의한 해고를 ‘정리해고’라고 표현하고 있다. 1997년 이전 법령에 의하여 ‘경영상 이유에 의한 해고’라는 용어가 도입되기 이전, 판례에서는 정리해고라는 통상적인 표현을 그대로 사용하여 왔으며, 이는 현재까지 이어지고 있다. 그러나 법원에 의하여 명확히 ‘경영상 이유에 의한 해고’라는 용어가 도입되었다는 점, 근로자를 단순히 정리의 대상으로 인식하는 듯한 표현 등을 감안할 때 ‘정리해고’라는 용어를 그대로 판례에서 사용하는 것은 지양되어야 할 것이다. 이하에서는 판례의 판단에서 사용한 정리해고라는 용어를 ‘경영상 해고’로 변경하여 사용한다.

(「근로기준법」 제24조). 그런데 이러한 요건들의 구체적인 내용은 확정적·고정적이지 않으며, 개별 사건별로 판례에 의하여 결정된다.²⁾

대상판결은 사업의 일부(통신사업부)를 폐지하면서 소속 생산직 근로자들을 해고한 뒤 그 정당성을 다툰 판례이다. 이 사건 원고는 상시근로자 약 945명을 고용하여 전기기기 및 부품, 변압기, 케이블 및 케이블 접속재 등을 제조하는 회사로, 안산(반월)공장, 수원공장, 홍성공장 등을 운영하여 왔다. 그런데 2014년 12월 29일 안산(반월)공장 통신사업부를 폐지하면서 해당 근로자들에게 ‘취업규칙 제31조제1항에 의거 사업부 폐지에 따라 경영상 해고한다’는 내용의 해고통지를 하였다.³⁾ 이에 해당 근로자들은 이 사건 해고가 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 노동위원회에 구제신청을 하였고, 이 가운데 부당해고 구제신청이 인용되었으며, 이후 회사 측의 불복으로 법원의 판단을 받게 되었다.⁴⁾

이 사건 해고를 둘러싼 법원의 판단에서 쟁점은 크게 두 가지로 요약된다. 우선 ‘사업의 일부라도 독자적인 사업부문 전체를 완전히 폐지하는 경우’인 이 사건 해고가 사업 폐지에 의한 통상해고에 해당하는지 여부이다.⁵⁾ 그다음으로 통상해고가 아닌 경영상 해고인 경우, 각 요건을 충족하였는지 여부이다. 이에 관해서는 사실관계상 다른 요건들도 다투어졌지만, 법리적 관점에서 경영상 해고에 있어서 합리적이고 공정한 기준으로 해고 대상자를 선정하는 것이 어떠한 기준과 범위에서 이루어져야 하는지 여부가 면밀하게 검토되었다.

이 사건의 1심 법원⁶⁾은 이 사건 해고가 경영상 해고로서, ‘긴박한 경영상 필요성’이 없음은 물론, 합리적이고 공정하게 전환배치 대상자나 경영상 해고 대상자를 선정한 것으로 보기에 어렵고 노동조합과 성실히 협의하였다고 보기 어렵다고 판단하였다. 하지만 원심 법원⁷⁾은 통신사업부가 독립한 별개의 사업체라고 판단하고, 통신사업부의 폐지를 이유로 한 이 사건 해고가 통상해고로서 정당한 해고에 해당하며, 경영상 해고라 하더라도 요건을 모두 갖추었다고 판단하였다. 이에 대하여 대법원은 원고의 통신사업부를 존속하는 다른 사업부와 독립한 별개의 사업

2) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

3) 원고는 희망퇴직을 신청하지 않은 생산직 근로자 13명 중 7명을 원고의 수원전선공장 및 안산(반월)공장의 재료사업부 등으로 전환배치하고, 나머지 인원인 6명의 참가인들을 해고하였다.

4) 경기지방법노동위원회는 2015. 3. 6. 이 사건 해고가 부당노동행위에 해당하지는 않으나, 근로기준법 제24조에 따른 ‘경영상 이유에 의한 해고’의 요건을 갖추지 못하였다고 판단하여 부당해고 구제신청만을 인용하였다. 이에 대하여 회사와 해당 근로자들은 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나, 중앙노동위원회는 2015. 6. 22. 원고와 참가인들의 재심신청을 모두 기각하였다.

5) 경영상 해고는 기업의 유지·존속을 전제로 한 해고이다. 그러므로 사업폐지를 위한 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 경영상 해고에 해당하지 않고, 해고의 일반적 법리(소위 통상해고)로서 정당성 여부를 판단하게 된다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003 다 44363 판결). 그런데 이러한 법리가 기업의 일부 사업폐지의 경우에도 그대로 적용될 수 있는지 여부가 이 사건의 쟁점 중의 하나였다.

6) 서울행정법원 2016. 6. 2. 선고 2015구합70874 판결.

7) 서울고등법원 2016. 12. 1. 선고 2016누50357 판결.

체로 보기 어렵다고 판단하여 이 사건 해고는 경영상 해고에 해당하며, 해고 당시 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 보기 어렵고 원고가 해고회피노력을 다하지 않았으며 합리적이고 공정한 해고 대상자 선정이 이루어지지 않는 등 이 사건 해고가 경영상 해고의 요건을 충족하지 못한 부당해고에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 법리오해 등을 이유로 파기환송하였다.

경영상 해고는 기업의 유지·존속을 전제로 귀책사유가 없는 근로자들을 해고하는 것이다. 그러므로 법인 단위에서 그 판단이 이루어지는 것이 원칙이다. 즉, 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계가 분리되어 있으며 경영 여건도 달리하는 예외적인 경우가 아니라면 '긴박한 경영상 필요' 역시 전체 법인 단위로 판단하는 것이 판례의 입장이다.⁸⁾ 대상판결은 "일부 사업의 폐지·축소가 사업 전체의 폐지와 같다고 볼 만한 특별한 사정"이 인정되지 않는 한 일부 사업의 폐지·축소를 이유로 한 통상해고는 허용되지 않는다고 판단하였다. 이는 과거 '긴박한 경영상 필요성'에 관하여, 법인의 전체적인 관점에서 판단하여야 한다는 대법원 판례와 유사하다.⁹⁾ 대상판례에서는 이 사건 해고가 통상해고로서 허용되지 않는다고 판단함은 물론, 법인의 전체의 경영사정을 종합적으로 검토할 때 '긴박한 경영상의 필요성'도 없다고 보았다.

한편, 대상판결에서는 해고대상자 선정기준 등에 있어서 주목할 만한 기준들을 제시하고 있다. 우선 "경영상 이유에 의한 해고가 근로자에게 귀책사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준 설정"을 제시하였다는 점이다. 기존의 하급심 판결에서 해고 대상자 선정에서의 사회적 보호 필요성을 강조한 경우는 있지만,¹⁰⁾ 대법원에서 사용자의 이익 측면과 근로자의 생활 보호적 측면을 적절하게 조화시키는 것이 요구된다는 점을 확인한 것은 처음인 듯하다. 또한 「근로기준법」 제23조 제2항에서는 '합리적으로 공정한 해고의 기준'을 정할 것을 규정하였는데, 이는 단순히 최종적인 해고의 기준에서만 적용되는 것이 아니라 전체 해고 과정에서의 합리적이고 공정한 기준을

8) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두 25873 판결.

9) 물론 경영상 해고로서 '긴박한 경영상 이유'를 판단하는 것과 통상해고로서 판단하는 것은 그 법적 성격을 달리한다. 기업이 유지·존속되는 경우, 법인이 분리되지도 않은 사업의 일부 폐지를 통상해고로 본다는 것은 「근로기준법」 제24조의 다른 요건들에 대한 판단이 필요하지 않기 때문이다. 따라서 이러한 법리에 따르면, '특별한 사정'이 있는 경우 사업의 일부 폐지가 통상해고로서 가능하다고 볼 수 있는데, 그때의 '특별한 사정'이 '긴박한 경영상 이유'와 동일하다고 보는 것은 타당하지 않다. 대상판결에서도 '긴박한 경영상 이유'의 판단 법리에 추가하여 "폐지되는 사업 부문이 존속하는 다른 사업 부문과 취급하는 업무의 성질이 전혀 달라 다른 사업 부문으로의 전환배치가 사실상 불가능할 정도로 업무 중사의 호환성이 없는지"를 판단해야 한다고 보고 있다. 이처럼 사업 일부 폐지에 의한 통상해고가 가능하다면, '긴박한 경영상의 필요성' 판단과 비교할 때 '특별한 사정'을 보다 엄격하게 판단할 수 있는 법리를 구성하는 것이 필요하다.

10) 예컨대 1995. 12. 15. 선고 94가합10586 판결(다만, 이 판결은 경영상 해고에 대한 법정 요건이 도입되기 이전의 판결임).

의미한다는 점도 확인하고 있다. 이 사건과 같이 해고 회피노력의 일환으로 전환배치가 실시되는 경우, 이러한 기준은 실질적으로 해고대상자 선정에까지 영향을 미치므로 당연히 '합리적이고 공정한 기준'을 갖추어야 하기 때문이다.

이처럼 대상판결은 그동안 경영상 해고 사건에서 명확하게 제시되지 못해 왔던 '합리적이고 공정한 대상자 선정'에 관한 기준과 범위에 대한 법리를 제시하고 있다. 향후 사건들에서도 이러한 법리가 적용되어 경영상 해고에 있어서 하나의 원칙으로 안착될 것인지 주목할 필요가 있다. **KLI**

김근주(한국노동연구원 연구위원)

정년 도래, 근로계약기간 만료 등 이후에 부당정직 등 구제신청과 구제이익

- 대선고등법원 2021. 6. 18. 선고 2020누12481 판결 -

【판결 요지】

부당해고 등 불이익처분에 대한 노동위원회의 행정적 구제절차는, 일반적으로 우월한 지위에 있는 사용자와 그렇지 않은 근로자 사이에 경제적 불균형이 심하고 증거의 편재와 정보 접근성의 현저한 차이로 인하여 권리를 주장하는 자가 권리발생의 요건사실을 주장·증명하여야 하는 민사소송에서는 근로자가 부당해고 등을 주장·입증하기는 쉽지 않다는 고려에서 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하는 데에 그 제도적 취지와 의의가 있다고 할 것이다.

사용자와 근로자 사이의 불균형을 완화하고 경제적 내지 사회적인 면에서 상대적으로 열악한 지위에 있는 근로자를 보호하기 위해서는 근로기준법 제30조 제1항의 노동위원회 구제제도를 폭넓게 적용할 필요가 있다. ... 근로자가 반드시 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료되기 전에 구제신청을 하여야 한다면, 결국 정년이 임박한 근로자 또는 통상 2년 이하로 근로계약기간을 정하는 기간제근로자들의 경우에는 구제신청 기간이 근로기준법이 보장하는 기간인 3개월이 아니라 잔존 근로기간으로 한정되는 결과를 초래하므로, 열악한 지위에 있는 근로자를 부당해고 등으로부터 보호하고자 하는 근로기준법의 취지에도 반하게 된다.

1. 사건 개요

A공사는 2018. 12. 27. 원고에 대하여 정직을 의결하였고 원고는 같은 달 31. 정년퇴직하였다. 원고는 정직으로 성과급이 감액되었으므로 정직을 다툼 구제이익이 있다며 2019. 1. 3. 부당정직 구제신청을 하였다. 전남지방노동위원회는 원고의 정년퇴직으로 근로관계가 종료되었으므로 원고에게 구제명령을 받을 이익(구제이익)이 없다며 그 신청을 각하하였고, 중앙노동위원회는 원고의 재심신청을 기각하였다. 그런데 원고가 제기한 재심판정취소의 소에서 제1심판결은, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능하게 된 경우에 해고기간의 임금상당액을 지급받을 필요가 있으므로 임금상당액 지급의 구제이익이 유지되는데, 이는 이미 정년퇴직한 근로자가 종전의 정직기간에 받지 못하였거나 감액된 임금상당액의 손실을 회복하기 위해 부당정직 구제신청을 한 경우에도 마찬가지라며 원고의 청구를 받아들였다.¹⁾ 한편 대상판결은, 피고

(중앙노동위원회 위원장)의 ‘추가 주장’, 즉 근로자가 부당정직 구제신청을 하여 정직의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능한 경우와는 달리, 구제신청 당시 이미 위와 같은 사유로 원직복직이 불가능한 경우에는 근로자가 부당정직의 효력을 다투던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리할 필요성이 없어 구제이익이 없고, 해고가 아닌 정직기간의 임금상당액 지급을 바라는 원고의 구제신청은 법적 근거도 없다는 등의 주장을 물리치고, 부당정직 구제신청 당시 이미 정년이 지난 원고에게 정직기간의 임금상당액 지급에 관한 구제이익이 있다는 판단을 보충하였다.²⁾

2. 구제이익 관련 판례변경과 근로기준법 개정

1) 오랫동안 판례는 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능하게 된 경우, 구제이익을 부정했었다. 그러한 판례의 태도는 많은 비판을 받았었는데, 지난해 드디어 판례변경이 있었다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결. 이하 “변경판례”라 한다).³⁾ 이 판례변경으로 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르는 등의 사유가 있어도 구제이익을 인정할 수 있게 되었다.

2) 변경판례의 취지는 「근로기준법」(이하 “근로기준법”이라 한다) 개정(2021. 5. 18. 개정, 11. 19. 시행)으로 이어졌다고 할 수 있다. 개정 근로기준법 제30조 제4항(신설)에서 “노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.”고 함으로써, 구제신청을 하여 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(근로기준법 제23조 제1항. 이하 “해고 등” “해고가 아닌” 정직 등”이라

- 1) 제1심판결(대전지방법원 2020. 8. 26. 선고 2019가합105114 판결)은, 나아가 노동위원회 구제명령은 사용자에게 그에 복종해야 할 공법상 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 사용자가 구제명령을 이행하지 않으면 이행강제금이 부과되며(근로기준법 제33조), 확정된 구제명령을 이행하지 않는 자는 형사처벌 대상이 되는(같은 법 제111조) 등 구제명령은 간접적인 강제력을 가지므로, 근로자가 구제명령을 통해 유효한 집행권원을 획득하는 것은 아니지만, 해고기간의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있으므로, 이를 위해 재심판정의 취소를 구할 소의 이익도 인정된다고 하였다.
- 2) 대법판결은 피고의 ‘추가 주장’에 관한 판단을 보충하는 것 외에는 제1심판결의 판결이유를 그대로 인용하였다. 대법판결에 대하여 상고심(대법원 2021두46285) 절차가 진행 중이다.
- 3) 대법판결의 판단대상인 재심판정은 판례변경 전인 2019. 6. 28.에, 제1심판결은 그 후인 2020. 8. 26.에 있었다. 과거 중앙노동위원회는 변경판례의 취지와 같이 판정한 적도 있었으나(예를 들어, 중노위 2016. 1. 28. 중앙2015부해1101), 그러한 판정을 일관되게 계속하지는 않았었다.

한다)의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료된 근로자의 구제이익에 관한 논란은 정리되었다고 할 수 있다.

3. 대상판결의 의의와 개정 근로기준법의 적용에서 쟁점

대상판결은 변경판례, 근로기준법이나 노동위원회 구제절차의 취지, 나아가 근로기준법의 개정 취지와 내용에도 부합한다. 한편 판례변경에 이은 근로기준법 개정으로 원직복직이 불가능한 경우의 구제이익과 관련한 쟁점이 상당 부분 해소되기는 하였으나, 개정 근로기준법의 적용에서 아직 남은 쟁점이 몇 가지 있다.

1) 대상판결은, 정년에 이르거나 하여 원직복직이 불가능하여도 정년 이전 부당정직에 대하여 구제이익을 인정할 수 있다고 하였다. 노동위원회가 부당해고 등에 대하여 합목적적으로 판단할 수 있어야 행정적 구제절차의 본래 취지, 즉 탄력적이고 실효성 있는 구제의 목적을 달성할 수 있으므로, 해고가 아닌 정직에 대해서도 정직기간의 임금상당액 지급 등을 명할 수 있어야 그 목적을 달성할 수 있다. 따라서 해고가 아닌 정직기간의 임금상당액 지급을 바라는 구제신청은 법적 근거가 없다는 피고의 추가 주장은 노동위원회 구제절차의 본래 취지를 스스로 부정하는 것이었다. 대상판결이 그러한 주장을 물리친 것은 타당하다. 개정 근로기준법에서 부당해고는 물론 부당정직 등에 대하여 정년에 이르는 등의 사유로 원직복직이 불가능하여도 구제이익을 인정하고 있으므로, 대상판결과 같은 사안은 입법으로 해결되었다고 할 수 있다.

2) 대상판결은, 구제신청의 제척기간(3개월)이 지나기 전에 구제신청을 하였다면 부당해고 등 구제신청 당시 이미 정년이 지났거나 하는 등의 사유가 있어도 구제이익을 인정할 수 있다고 하였다. 반면 피고는 구제신청을 하여 정직의 효력을 다투던 중 정년이 지난 경우가 아닌, 대상판결의 사안처럼 구제신청 당시 이미 정년이 지난 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 주장하였고, 피고의 주장처럼 앞의 경우에만 구제이익을 인정할 수 있다는 견해도 있었다.⁴⁾ 아마도 구제신청 당시 이미 정년이 지났거나 근로계약기간이 끝났다면 그때까지의 임금상당액 지급에

4) 중앙노동위원회(2020), 『주제별 판례 분석집(개별적 근로관계)』 전면 개정판, p.152에서는 판례변경에도 불구하고 뒤의 경우에는 각하 판정을 하여야 한다고 하였다. 박은정·권오성(2020), 「부당해고구제신청의 구제이익과 소의 이익 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결」, 『법학논집』, 24(3), 이화여자대학교 법학연구소, p.375에서는 뒤의 경우에도 구제이익을 인정하는 것은 부당한 해고로부터의 구제라는 부당해고 구제신청 제도의 본래의 취지를 넘는 것으로 생각된다고 하였다. 다만 모두 근로기준법 개정 전의 견해이기도 하다. 한편 실제 개별 사건에서 각하 판정만 이루어지는 것 같지는 않다. 예를 들어, 서울지노위 2021. 3. 12. 서울2021부해87 판정은 2020. 12. 12.까지 근무하기로 계약기간을 정한 근로자가 2020. 11. 30. 해고되어 2021. 1. 13. 부당해고 구제신청을 한 데 대해, 계약해지에 대해 다투려는 계약기간 만료를 앞둔 기간제근로자의 구제이익을 부정한다면 부당한 해고인지에 관한 판단의 기초조차 부여하지 않은 채, 기간제근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다고 하였다.

대한 구제명령만이 가능한데, 그것은 민사(법원의 판단)의 영역이지 행정적 구제절차의 영역은 아니라고 보기 때문인 것 같다. 그러나 노동위원회 구제절차는, 민사소송을 통한 통상적인 권리 구제 방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하는 데에 그 제도적 취지와 의의가 있는 점, 다양한 노사분쟁에 대하여 노동위원회가 합목적적으로 판단할 수 있어야 행정적 구제절차의 본래 취지, 즉 탄력적이고 실효성 있는 구제의 목적을 달성할 수 있는 점, 그리고 근로자가 반드시 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료되기 전에 구제신청을 하여야 한다면, 결국 정년이 임박한 근로자 또는 통상 2년 이하로 근로계약기간을 정하는 기간제근로자의 경우에는 근로기준법이 보장하는 구제신청의 제척기간(3개월)이 잔존 근로기간으로 한정되는 결과를 초래하므로, 부당하고 등으로부터 열악한 지위에 있는 근로자를 보호하려는 근로기준법의 취지에도 반하게 되는 점 등 대상판결의 해석론과 결론이 위와 같은 주장이나 견해보다 더 타당하다고 본다. 이러한 대상판결의 해석론과 결론은 개정 근로기준법의 적용과도 관련 있다(아래 3) ①).

3) 개정 근로기준법의 적용과 관련하여 ① 개정 근로기준법 제30조 제4항은, 변경판례의 사안처럼 구제신청을 하여 해고 등의 효력을 다투던 중에 정년에 이르는 등의 경우만이 아니라, 대상판결의 사안처럼 구제신청 당시 이미 정년이 지났거나 하는 등의 경우에도 구제이익을 인정할 수 있는지에 대해서는 명시하지 않았다. 만약 대상판결의 사안과 같은 경우에도 구제이익을 인정하려는 취지의 개정이라면 더는 논란이 없겠지만, 해당 규정만으로는 그러한 개정인지를 명확히 알 수 없다. 그런데 대상판결은 뒤의 경우에도 구제이익을 인정할 수 있다고 하였다. 대상판결은 근로기준법 개정 및 시행 전 판결이지만, 개정 근로기준법의 해당 규정을 대상판결과 같이 해석하고 적용하는 것이 타당하다고 본다. ② 개정 근로기준법은, 원직복직이 불가능하여도 임금상당액 지급 등의 구제이익을 인정할 수 있는 사유를 “근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등”이라고 하여 근로계약기간 만료, 정년 도래를 구체적인 예로서 명시하였다. 근로계약기간 만료, 정년 도래 외에도 자발적 사직(퇴직), 당연퇴직(면직), 사업의 폐업 등 그 명칭을 불문하고 객관적으로 원직복직이 불가능한 사유라면, 구제이익을 인정할 수 있는 사유로 보아야 할 것이다.⁵⁾ **KLI**

장영석(전국언론노동조합, 법학박사)

5) 강선희(2020), 「해고기간 중의 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익이 있다 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결」, 『노동리뷰』 4월호, 한국노동연구원, p.90에서는 해고를 다투던 중에 사직, 폐업, 박은정·권오성, 앞의 글, p.369에서는 회사의 폐업을 들고 있다. 중노위 2021. 2. 8. 중앙 2020부해1717 판정도 2020. 4. 2. 정직2개월 처분을 받고 정직기간 종료 후 사직서를 제출하여 6. 23.자로 퇴사한 다음 부당정직 구제신청을 한 데 대해, 사직서 제출이 정직기간에 대한 임금상당액의 권리를 포기한 것으로 보기 어렵고, 민사소송과 별개로 신속·간이한 구제절차를 둔 취지에 비추어 구제이익이 있다고 하였다.