

# 노동판례리뷰

## 해고의 서면 통지 요건과 갱신 거절 등

- 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결 -

### 【판결 요지】

「근로기준법」 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데 이는 해고사유 등의 서면 통지를 통하여 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하도록 하고, 해고의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하며, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다. 기간제 근로계약은 기간이 만료됨으로써 당연히 종료하는 것이므로 갱신 거절의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여야 할 필요성이 해고의 경우에 견주어 크지 않고, 「근로기준법」 제27조의 내용과 취지에 비추어 볼 때 기간제 근로계약이 종료된 후 갱신 거절의 통보를 하는 경우까지 「근로기준법」 제27조를 준수하도록 예정하였다고 보기 어렵다. 이러한 사정을 종합하면, 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우에는 「근로기준법」 제27조가 적용되지 않는다.

### 1. 사건의 개요 및 문제제기

이 사건의 경우 애초의 쟁점은 해고의 서면 통지 요건을 갖추었는지 여부가 아니라 갱신 거절의 합리적 이유가 있는지 여부에 있었다. 아파트 경비원으로 근무하던 근로자 2명(2015년 입사 당시 66세, 2018년 입사 당시 64세, 이하 ‘근로자들’이라 한다)은 2018. 12. 31.자 근로계약 기간 만료로 근로관계가 종료되었다. 이에 근로자들은 갱신기대권을 주장하며 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였고, 초심·재심 노동위원회 모두 근로자들에게 근로계약 갱신기대권이 있고, 사용자가 합리적 이유 없이 근로계약 갱신을 거절한 것은 부당하다고 판정하여 근로자들의 손을 들어주었다.<sup>1)</sup> 이에 사용자가 재심판정에 불복하여 행정소송을 제기하였고, 행정법원·

고등법원 및 대법원(대상판결) 모두 갱신기대권은 인정되나 갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 판단하여 재심판정을 취소하였다.<sup>2)</sup> 행정법원에서 패소한 근로자 측이 고등법원 단계에서 근로계약 갱신기대권 침해는 단순히 근로계약의 갱신 거절에 관한 문제가 아니라 해고로 보아야 하므로 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제27조에서 정한 해고의 서면 통지 요건을 갖추어야 한다고 주장하였고, 이에 대해 고등법원과 대법원은 위 【판결요지】와 같이 판단하여 근로자 측의 주장을 배척하였다.

갱신기대권 법리가 발전하기 전까지 법원은 “근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다.”라고<sup>3)</sup> 보거나, 근로계약기간의 만료 등을 근로관계의 자동소멸사유로<sup>4)</sup> 보았다. 이와 같이 근로계약기간 만료 내지 정년 등과 같은 근로관계의 자동소멸사유로 인한 퇴직 처리는 “법률상 당연히 발생한 퇴직의 사유 및 시기를 공적으로 확인하여 알려주는 ‘관념의 통지’에 불과할 뿐 근로자의 신분을 상실시키는 ‘해고처분’과 같은 새로운 형성적 행위가 아니다.”라고 판결하면서<sup>5)</sup> 근로기준법상의 해고제한법리를 적용하지 않았다. 그러던 중 갱신기대권 법리(“근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간 만료에도 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 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간 만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다.”)<sup>6)</sup> 발전하면서 갱신기대권이 인정될 경우 ‘부당하게’ 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 ‘부당해고와 마찬가지로’ 효력이 없으므로 근로기준법상 해고제한법리(근로기준법 제23조 제1항 및 제24조, 제28조)가 적용되고, 더 이상

- 1) 경기지방법노동위원회 2019. 5. 15. 판정 2019부해649, 650 병합\_전부 인정(근로자 승)→중앙노동위원회 2019. 8. 19. 판정 2019부해769\_초심 유지(근로자 승)
- 2) 서울행정법원 2020. 8. 21. 선고 2019구합6130 판결\_재심 취소(근로자 패)→서울고등법원 2021. 6. 17. 선고 2020누59323 판결\_기각(근로자 패)→대상판결 기각(근로자 패)
- 3) 대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 전원합의체 판결, 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다26260 판결 등 참조
- 4) “사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우”(대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840 판결 등)
- 5) 대법원 1997. 10. 24. 선고 97누1686 판결, 대법원 1997. 11. 11. 선고 97누1990 판결, 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 등
- 6) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등

근로계약기간 만료는 근로관계의 자동소멸사유가 아니게 되었다. 특히 갱신기대권 법리에 이어 고용승계기대권<sup>7)</sup> 및 정년 후 재고용 기대권 등의 법리<sup>8)</sup>가 발전함에 따라 당사자의 소멸(폐업 내지 근로자의 사망)과 이에 준하는 것을 제외하면 ‘묻지도 따지지도 않는 근로관계의 자동소멸 사유’는 더 이상 존재하지 않는다고 볼 수 있다. 따라서 계약기간 만료 내지 정년을 알리는 사용자의 통지가 ‘관념의 통지’라는 위 대법원 2007다85997 판결 등은 당사자의 소멸과 이에 준하는 것에 적용될 뿐 그 밖의 것에 대해서는 더 이상 적용될 여지가 없어 보인다.<sup>9)</sup>

그렇다면 계약기간 만료, 정년, 용역업체 변경 시, 사업 양도 시 등에 해고제한법리(근로기준법 제23조 제1항 및 제24조, 제28조)가 적용되더라도 근로기준법상 해고와 관련된 규정(근로기준법 제23조 제2항의 해고금지시기, 제25조 우선 재고용 등, 제26조 해고의 예고, 제27조 해고 사유 등의 서면 통지)이 그대로 적용되는가?(문제제기)

## 2. 근로계약기간 만료에 근로기준법 제27조가 적용되지 않는다고 판단한 논거

대상판결은 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우 해고의 서면 통지(근로기준법 제27조)가 적용되지 않는다고 판단하였는데, 이와 같이 판단한 근거를 살펴보도록 한다.

첫째, 대상판결은 기간제근로자의 경우 근로계약기간이 만료되면 근로관계는 당연히 종료되므로 갱신 거절의 의사 표시가 없어도 당연 퇴직되는 것이 원칙이나, 갱신기대권이 인정되고 합리적 이유 없이 갱신을 거절하는 경우에만 예외적으로 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 인정하는 것이다. 그러므로 “기간제 근로자계약의 종료에 따른 사용자의 갱신 거절은 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와는 구별되는 것이고, 근로관계의 지속에 대한 근로자의 신뢰나 기대 역시 동일하다고 평가할 수는 없다.”라고 판시하였다. 대상판결은 갱신 거절에 해고제한법리가 적용되어 기간 만료로 인한 근로관계 종료는 보호받을 수 있어도 그 성격에 있어 해고와 동일하지 않다고 판단한 것으로 보인다.

둘째, 대상판결은 위 【판결요지】와 같은 내용으로 갱신 거절의 사유를 명확하게 해야 할 필요성이 해고에 견주어 크지 않고, 근로기준법 제27조의 내용과 취지에 비춰 볼 때 갱신 거절의

7) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결, 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결

8) 사업 양도 시 고용승계법리 및 용역계약 해지 등을 포함

9) 만약 갱신 거절의 합리적 이유 여부에 따라 ‘관념의 통지’인지 ‘해고’(‘해고와 마찬가지로’)인지가 최종적으로 결정된다면 논리 모순에 봉착하게 될 것이다. 갱신 거절의 합리적 이유는 갱신기대권이 있음을 전제로 한 것이므로, 기간 만료를 통지할 때 갱신기대권이 인정될 것을 예측하여 갱신 거절의 사유를 서면으로 명시하여야 한다는 주장과 다를 바 없게 된다. 여기서 더 나아가 서면으로 명시된 갱신 거절의 사유가 합리적이라면 해고가 아니라 기간 만료로서 ‘관념의 통지’가 될 것이므로 구태여 서면으로 그 사유를 명시할 필요는 없었던 것으로 되는 모순적 순환논리에 빠지게 될 것이다.

통보에까지 적용할 것을 예정하지 않았다고 판단하였다.

위 논거 중 두 번째의 경우 원심인 고등법원은 근로기준법 제27조의 입법취지에 비추어 “근로자의 보호 필요성 및 정도가 해고에 비해 낮은 갱신 거절의 경우”에는 근로기준법 제27조가 그대로 적용되지 않는다고 보았다. 오히려 기간제근로자의 갱신 거절이 해고보다 보호 필요성 및 정도가 더 높다고 보는 견해도 있을 수 있다. 이와 같은 사정을 고려하여 대법원은 ‘갱신 거절의 사유를 명확하게 해야 할 필요성’으로 표현을 바꾼 것으로 보인다. 해고의 서면 통지 절차가 갱신 거절에도 적용되어야 한다는 근로자 측 주장은 갱신기대권의 인정 여부 및 갱신 거절의 합리적 이유의 존부를 불문하고 계약기간 만료 시 서면으로 만료 사유(또는 갱신 거절 사유)를 통지하여야 하고, 서면 통지 절차를 준수하지 않았다면 부당한 기간 만료로서 해고라고 평가하여야 한다는 것이다. 이에 대해 사용자는 기간이 만료되기 약 한 달 전에 근로관계 종료 사유를 ‘근로계약기간의 만료’라고 명시하여 서면으로 통보하였다고 주장한다. 필자의 눈에는 무의미한 논쟁으로 보인다. 근로자 측과 같은 주장이 가능하기 위해서는 기간의 정함이 있는 근로계약이 원칙적으로 그 기간 만료로 종료되지 않는다는 전제가 있어야 하는데, 그렇다면 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 이유가 없게 된다. 또한 갱신 거절의 사유를 서면으로 명시하여야 한다는 것은 갱신기대권의 인정을 전제로 하는데, 이는 선형적으로 주어지는 것이 아니라 사후적으로 법적 평가에 따라 달라진다. 이러한 사실을 고려할 경우 앞서 각주 9)에서 언급했듯이 모순적인 상황에 봉착하게 된다.

### 3. 위 문제제기에 대한 답변 등

간혹 노동위원회 판정문을 보면 계약기간 만료, 정년, 용역업체 변경 시, 사업 양도 시 등에서 갱신기대권, 재고용기대권 및 고용승계기대권 등이 인정되는 경우 근로기준법 제27조에 규정된 서면 통지가 없어 부당해고라는 결론을 접할 때가 있다. 갱신기대권이 인정되는 경우, 사용자가 기간 만료를 주장하며 근로관계를 종료하거나, 고용승계의무가 인정됨에도 고용의 승계를 거부하는 것 자체가 근로기준법 제23조 제1항의 ‘정당한 이유’가 없는 해고가 되는 것이다. 필자는 위와 같은 근로관계의 종료에 해고제한법리(근로기준법 제23조 제1항 및 제24조, 제28조)가 당연 적용되어 사용자의 부당한 근로관계 종료로부터 보호받아야 한다고 본다. 그러나 그 밖의 근로기준법상 해고와 관련된 규정, 구체적으로 근로기준법 제23조 제2항의 해고금지시기, 제25조 우선 재고용 등, 제26조 해고의 예고, 제27조 해고사유 등의 서면 통지 규정을 - 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와 달리- 그대로 적용하는 데에는 한계가 있어 보인다. 한계가 있더라도 위 규정의 입법취지를 고려하여 해고금지기간 중에는 계약기간 또는 정년 등을 연장하거나, 갱신기대권의 인정에 다툼이 없는 경우

갱신 거절 사유 즉, 일정한 요건을 충족하지 못했다는 사실과 사유는 근로자에게 알려주는 것이 바람직하다. **㉮**

강선희(법학 박사)

## 고정시간외수당(고정 OT)이 소정근로의 대가인 통상임금에 해당하는지 여부

- 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다224739 판결 -

### 【판결 요지】

회사는 사무직 등으로 구성된 월급제 근로자들에게 기본급 외에 '시간외수당' 명목으로 '기본급 20% 상당액의 수당'을 지급하고, 평일 연장·야간 근로에 따른 법정수당은 별도로 지급하지 않았다. 이러한 고정시간외수당은 소정근로에 대한 대가로 지급된 것이라고 보기 어렵다. 따라서 원심이 월급제 근로자들에게 지급한 고정시간외수당이 소정근로에 대한 대가로서 통상임금에 해당한다고 판단한 부분을 파기한다.

(1) 원래 근로계약에서 정한 소정근로시간을 넘는 시간외근로에 대해서는 시간외수당을 계산하여 지급하여야 하는데, 초과근로시간을 엄밀히 계산하지 않고 미리 정해둔 고정시간외수당(흔히 '고정 OT'라고도 부름)을 지급하는 것으로 갈음하는 회사가 많다.

이러한 고정시간외수당은 두 가지 법적 쟁점이 제기된다.

첫째, 고정시간외수당이 「근로기준법」(이하 근기법)상의 연장근로수당(법정수당)에 해당하는가이다. 만약 연장근로수당이 아니라 오히려 연장근로수당을 계산하는 데 기초가 되는 통상임금에 해당한다면 근기법상 계산된 연장근로수당 전액을 추가로 지급해야 한다.

둘째, (고정시간외수당이 근기법상의 연장근로수당에 해당한다면) 고정시간외수당이 근기법상의 연장근로수당에 비해 적은 경우 차액을 추가로 지급해야 하는가이다.

대법판결은 이러한 쟁점에 대해 이 사건 회사에서 월급제 근로자에게 지급된 고정시간외수당이 통상임금에 해당하지 않고 연장근로수당을 지급한 것으로 보아야 하며, 근기법상 계산된 연장근로수당보다 적은 경우 차액을 추가로 지급해야 하는 것으로 판단하였다. 원심판결(부산고등법원 2020. 2. 19. 선고 2018나58007 판결)이 고정시간외수당을 통상임금에 포함시켜 근기법상 계산된 연장근로수당 전액을 추가로 지급해야 한다고 본 것과는 차이가 있다.

이 사건 회사(삼성SDI)는 사무직 등으로 구성된 월급제 근로자들에게 기본급 외에 '시간외수당' 명목으로 '기본급 20% 상당액의 수당'을 지급하고 평일 연장·야간 근로에 따른 법정수당을 별도로 지급하지 않은 반면, 시급제 근로자들에게는 위와 같은 '기본급 20% 상당액의 수당'을 지급하는지와 무관하게 실제 평일 연장·야간 근로의 시간에 따라 산정한 법정수당을 지급하였다. 월급제와 시급제의 차이점으로, 시급제는 실제의 초과근로시간에 통상시급을 적용하여 법

정가산수당을 지급하므로 월급명세서에 통상시급 및 근로시간이 기재된다는 점이다. 그런데 이 사건 회사는 시급제 근로자 중 고정시간외수당이 지급되는 근로자의 경우 통상시급에 고정시간외수당을 포함시키지 않고 계산하였다.

근기법은 법정근로시간(1일 8시간, 1주 40시간)을 초과한 연장근로나 야간근로에 대해 통상임금의 1.5배로 가산한 연장·야간 근로수당인 법정수당을 지급하도록 하고 있다(제56조). 그런데 이 사건 회사에서 고정시간외수당이 법정수당으로 지급된 것이 아니라 오히려 소정근로의 대가인 통상임금에 포함된다면 다음과 같은 문제가 발생한다. 즉, 시급제 근로자들에게는 그 통상임금을 기초로 계산된 법정수당과 이미 지급된 금액의 차이만큼 추가로 지급돼야 하며, 월급제 근로자들에게는 법정수당이 전혀 지급되지 않았으므로 전액을 지급해야 한다는 점이다.

(2) 대상판결에서는 이 사건 회사의 월급제 근로자들에 대한 검토가 이루어졌다.

판례는 통상임금에 해당하는지의 판단에 대해 다음과 같은 법리에 따르고 있다. “어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단하여야 한다. 소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다. 소정근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 참조)”.

따라서 월급제 근로자에게 지급된 고정시간외수당이 ‘소정근로시간을 초과하여 제공된 근로의 대가’로 지급된 것이라면 통상임금에 해당하지 않고, 반대로 ‘소정근로시간의 대가’로 지급된 것이라면 통상임금에 해당한다.

대상판결에서 대법원은 다음과 같은 이유로 월급제 근로자들의 고정시간외근로수당은 소정근로를 초과하는 근로의 대가에 해당하고, 소정근로의 대가인 통상임금에 해당되지 않는다고 판단했다. 시급제 근로자들에게는 고정시간외수당이 지급되는지와 무관하게 별도로 추가근로시간에 대해 계산된 법정수당이 지급된 반면, 월급제 근로자들에게 고정시간외수당이 지급되고 별도의 법정수당은 지급되지 않았다는 점에 주목하고 있다.

시급제 근로자들에게 추가근로시간에 상응하여 별도로 계산된 법정수당이 지급되고 있다는 점에서 그들에게 지급된 고정시간외수당은 명칭만 시간외수당일 뿐이고 그 실질은 정기적·일

률적·고정적으로 지급되어 소정근로시간의 대가인 통상임금에 해당할 수 있다. 판례는 통상임금인지 여부의 판단에서 명칭보다는 실질을 중시하여 판단해오고 있다.

그러나 시급제 근로자들과 달리 월급제 근로자들에게는 추가근로시간에 상응하여 별도로 계산된 법정수당이 지급되지 않았다는 점에서 고정시간외수당은 법정수당으로서 지급된 것일 가능성이 높다. 특히 사무직 등 월급제 근로자들에게도 초과근로가 자주 발생하는 회사가, 시급제 근로자들에게는 근기법상의 규율을 존중하여 법정수당을 계산해 지급하면서도, 월급제 근로자들에게는 근기법상의 규율을 무시하여 전혀 법정수당을 지급하지 않겠다는 것은 상식적으로 납득되지 않는다. 회사가 고정시간외수당을 정해 지급하는 목적은 그 이름처럼 법정수당으로 지급하겠다는 취지를 담고 있는 것이다. 이 사건에서 고정시간외수당이 '자기계발비'로 명칭이 바뀌었던 적이 있었지만, 대체로 월급제였다고 보이는 사무직 근로자들의 잔업에 대한 보상제도를 명확히 하려는 취지에서 다시 수당의 명칭이 '시간외수당'으로 환원되었다는 점도 고려하였다.

결국 회사가 월급제 근로자들에게 기본급 20% 상당액의 수당을 고정적으로 시간외수당 명목으로 지급한 것은, 실제의 평일 연장·야간 근로시간과 관계없이 소정근로시간 월 240시간을 기준으로 월 32시간을 평일 연장·야간 근로시간으로 간주하고 그에 대한 대가로서 이 사건 고정시간외수당을 지급하였을 가능성이 있다. 따라서 고등법원의 판결은 이에 대해 다시 판단해 보라는 취지에서 나온 것이다.

(3) 이처럼 고정시간외수당은 그 명칭대로 그 실질이 연장근로의 대가로 약정한 수당일 경우가 대부분일 것이다. 수당을 계산하는 방법이 시간에 상응하는 것이 아니라 기본급의 몇 %처럼 시간과 무관하게 고정된다는 점 때문에 연장근로수당의 약정이 위법하다거나 연장근로수당이 될 수 없다는 해석은 타당하지 않다. 약정연장근로수당이 근기법에서 정한 계산방법에 따른 법정수당에 비해 같거나 많은 금액이라면 근기법 위반의 문제가 발생하지 않는다.

다만 실제 초과근로시간에 대해 근기법에 따라 계산한 법정수당이 그러한 약정된 금액보다 더 많다면, 그러한 약정된 금액만 지급하여야 하는지, 아니면 차액을 추가로 지급하여야 하는지의 문제가 발생한다.

흔히 회사는 고정금액만 지급하기로 약속되어 있다는 항변을 한다. 포괄임금제 약정에 해당한다는 뜻이다. 그러나 더 이상 지급하지 않는다는 포괄임금제 약정은 근로시간 계산이 어려운 경우이어야 적법하며(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결 참조), 또한 더 이상 지급되지 않는다는 포괄임금제 약정이 성립되었다고 인정되려면 그러한 뜻에 명백한 또는 묵시적인 합의가 이루어져야 한다. 판례는 "묵시적 합의에 의한 포괄임금 약정이 성립하였다고 인정하기 위해서는, 근로형태의 특수성으로 인하여 실제 근로시간을 정확하게 산정하는 것이 곤란하거나



일정한 연장·야간·휴일 근로가 예상되는 경우 등 실질적인 필요성이 인정될 뿐 아니라, 근로 시간, 정하여진 임금의 형태나 수준 등 제반 사정에 비추어 사용자와 근로자 사이에 그 정액의 월급여액이나 일당임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되는 경우이어야 할 것이다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도1060 판결 참조).”라고 한다. 이 사건에서 대상판결은 기본급의 몇%를 고정적으로 시간외수당으로 지급하여 왔다는 사정, 그간에 별도의 추가지급 청구가 없었다는 사정만으로는 더 이상 지급하지 않는다는 합의가 묵시적으로 있었다고 인정되지는 않는다고 본 원심판결의 판단이 타당하다고 보았다.

(4) 고정시간외수당(고정 OT)은 초과근로에 대한 대가를 초과시간 수에 상응하지 않게 고정적으로 계산된 금액을 지급하지만 그 실질이 시간외근로수당일 수 있다. 다만 초과근로가 거의 발생하지 않는 근로자에게 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 경우이거나, 초과근로가 때때로 발생하는 근로자에게 고정시간외수당을 지급하는 것과 별도로 실제 초과근로시간에 상응하여 계산된 시간외근로수당도 지급되어 왔다면, 그러한 근로자에게는 고정시간외수당이 그 명칭과 달리 그 실질 면에서 초과근로가 아니라 소정근로의 대가인 통상임금에 해당될 수 있다. 고정시간외수당을 설정한 취지대로 운영되어야 통상임금이 아니게 된다.

나아가 고정시간외수당을 설정한 취지인 때때로 초과근로가 발생하는 경우에 대비한다는 점도 재검토가 요청된다. 사무직 등에게 지급되어 온 고정시간외수당은 연장근로를 많이 해온 장시간 노동 관행과 연관이 있다. 고정시간외수당이 지급되는 근로자인 경우 장시간 노동이 쉽게 이루어질 수 있다는 점에서 비판받는다. 일과 생활의 조화(work and life balance)라는 측면에서도 법정근로시간(1일 8시간, 1주 40시간의 제한)을 초과하는 근로를 가능한 한 억제할 필요가 있다. 법정근로시간 제한보다 ‘적은’ 근로시간을 소정근로시간으로 정한 근로계약에서, 초과근로시간까지의 총근로시간이 법정근로시간 이내임을 전제로, 때때로 소정근로시간을 초과해 근로하는 경우 고정적인 시간외수당을 미리 정해둔 것은 일과 생활의 조화에 장애가 될 수 있다는 비판을 조금은 완화할 수 있을 것이다. **KLI**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

## 초단시간 근로자의 퇴직급여 미지급 위험 여부

- 헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2015헌바334, 2018헌바42(병합) 결정 -

### 【판결 요지】

4주간을 평균하여 1주간 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에게 퇴직급여를 지급하지 않는 「근로자 퇴직급여 보장법」 제4조 제1항 단서는 헌법에 위반되지 아니한다. 근로조건에 보장은 일반적으로 근로자를 두텁게 보호하는 것만으로 달성되는 것이 아니라, 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성이라는 측면과 조화를 이룰 때 달성이 가능한 것이다. 근로자가 일시적이거나 임시적으로 근로를 제공하는지에 관계없이 모든 근로자에 대하여 퇴직급여 지급의무를 부담하게 하는 것은 지나치게 과중한 부담이 될 수 있으며, 사용자가 감당하기 어려운 경제적 부담만을 가중시켜 오히려 근로조건을 악화시키는 부작용을 초래할 우려가 있다. 퇴직급여법에서 규정하고 있는 퇴직급여는 사회보장적 급여로서의 성격이 강하며 근로자의 장기간 복무와 충실한 근무를 유도하는 기능을 갖고 있다. 즉, 근로자의 해당 사업 또는 사업장에서의 전속성이나 기여도가 퇴직급여 성립의 전제가 된다고 할 것이므로 전속성이나 기여도가 낮은 일부 근로자를 한정하여 지급대상에서 배제한 것은 입법형성권의 한계를 일탈하여 명백히 불공정하거나 불합리한 판단이라 할 수 없다.

현행 「근로자 퇴직급여 보장법」(이하, 퇴직급여법) 제4조 제1항은 본문에서 “사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다.”라고 규정하고, 단서로서 “4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.”라고 예외 사항을 두고 있다. 청구인들은 각각 한국마사회의 시간제 경마직 직원과 대학교의 시간강사로서 4주간을 평균하여 1주간 소정근로시간이 15시간 미만인 소정근로시간을 근로계약으로 체결하였다(이하, 이러한 근로자를 초단시간 근로자라 함).

쟁점은 퇴직급여법 제4조 제1항이 「헌법」(이하, 헌법) 제32조 제3항의 근로조건 법정주의 간에, 또한 초단시간 근로자가 아닌 단시간 근로자에 대해 차별이 일어나므로 헌법 제11조의 평등원칙에 어긋나는 것이 아닌가 하는 점이다.

헌법재판소의 다수의견(7인)은 먼저 근로조건 법정주의 위배에 대해서 다음과 같은 이유로 합헌 의견을 제시하였다.

첫째, 근로조건에 보장은 일반적으로 근로자를 두텁게 보호하는 것만으로 달성되는 것이 아

나라, 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성 측면과 조화를 이룰 때 달성이 가능하고, 이것이 헌법 제32조 제3항이 근로조건의 기준을 법률로 정한 취지라는 점이다. 그런데 근로자가 일시적이거나 임시적으로 근로를 제공하는지에 관계없이 모든 근로자에 대하여 퇴직급여 지급의무를 부담하게 하는 것은 지나치게 과중한 부담이 될 수 있으며, 사용자가 감당하기 어려운 경제적 부담만을 가중시켜 오히려 근로조건을 악화시키는 부작용을 초래할 우려가 있다는 것이다.

특히 퇴직급여법상 퇴직급여는 사회보장적 성격이 강하며 근로자의 장기간 복무와 충실한 근무를 유도하는 기능을 갖고 있는데, 근로자의 해당 사업 또는 사업장에서의 전속성이나 기여도가 퇴직급여 성립의 전제가 된다고 할 것이다. 그러므로 전속성이나 기여도가 낮은 일부 근로자를 한정하여 지급대상에서 배제한 것이 입법형성권의 한계를 일탈하여 명백히 불공정하거나 불합리한 판단이라 할 수는 없다는 것이다.

둘째, 현행 법조문은 이러한 사업 또는 사업장에 대한 전속성이나 기여도를 '소정근로시간'을 기준으로 삼아 판단하도록 되어 있는데, '근로실적' 또는 '근로성과' 등의 지표를 객관적으로 측정하기 힘들기 때문에 객관적이고 명확한 기준인 '소정근로시간'을 기준으로 삼은 것을 두고 현저히 불합리하다고 평가하기는 어렵다는 것이다. 이러한 판단에는 현실적으로 초단시간 근로계약이 대부분 계약기간을 정하지 않거나 1년 미만의 단기고용인 점이 전제되었다.

셋째, 이렇게 초단시간 근로자의 퇴직급여 지급이 제한된다고 하더라도 이러한 상황을 보완해 줄 다른 사회보장적 제도, 즉 국민연금제도, 기초노령연금제도, 기초생활보장제도, 그리고 「고용보험법」상의 실업급여제도가 존재한다는 점도 감안이 되어야 한다.

넷째, 국제노동기구(ILO)의 제175호 「단시간 근로 협약」(1944) 제8조에서도 단시간 근로자의 근로시간 또는 소득이 일정 기준에 미달하는 경우 법정 사회보장제도의 모든 범주, 고용관계 종료, 연차 유급휴가와 유급휴일, 병가제도에 대해 예외를 가능하도록 하고 있다는 점도 고려될 수 있다고 한다.

그리고 평등원칙 위배 역시 되지 않는다고 하는데, 국가는 합리적인 수준에서 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위해 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있다고 전제한다. 즉, 어떤 사회보장적 가치를 실현하는 데 일거에 그것이 곤란할 때는 단계적 실현이 가능하다는 것이다. 퇴직급여법의 목적은 '안정적인 노후생활 보장'(제1조)인데 초단시간 근로자의 배제 역시 퇴직급여제도의 보편적인 적용이라는 법적 가치의 상향적 구현을 단계적으로 추구하는 과정에서 발생한 결과로 사용자와의 이해관계를 조정하기 위한 나름의 합리적 이유가 있어 입법 재량을 벗어난 자의적인 재량권 행사라고 보기 어렵다는 것이다.

이러한 다수의 합헌의견에 대해 소수(이석태, 김기영, 이미선 재판관)의 반대의견이 있었다.

소수의견은 초단시간 근로자의 퇴직급여제도 배제가 헌법 제32조 제3항에 위배된다면서 다수의견의 논거를 하나하나 반박하였다.

먼저 다수의견이 퇴직급여제도의 법적 성격을 노후보장 목적의 공로보상에서 찾았다면, 소수의견은 그것을 근로 제공의 대가인 '후불임금'의 성질을 지닌 것으로 본다. 초단시간 근로자 역시 해당 사업이나 사업장에서 근로를 제공한 것인데도 불구하고 그 반대급부인 임금의 성격을 갖는 퇴직급여의 지급대상에서 이들을 배제하는 것은 입법 취지의 정당성을 인정하기 힘들다는 것이다.

그리고 다수의견은 사회보장적 측면에서 다른 제도가 보완을 하고 있다고 하지만 많은 경우 초단시간 근로자는 「고용보험법」, 「국민연금법」, 「국민건강보험법」에서 초단시간 근로자를 적용대상에서 제외되고 있으며, 초단시간 근로가 일시적인 근로형태이기는 하지만 그 수가 비약적으로 증가하고 있다는 점에서 보호의 사각지대가 발생할 수 없다고 한다.

또한, 초단시간 근로자까지 퇴직급여제도의 적용을 받게 될 경우 사용자에게 과도한 경제적 부담이 될 수 있다는 우려에 대해 우리 「근로기준법」 제18조 제1항은 “단시간 근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다.”고 하여 비례 보호의 원칙을 규정하고 있다. 이에 근거해 소수의견 측은 초단시간 근로자의 경우 역시 그 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 퇴직급여액을 결정하는 방법으로 퇴직급여액에 대한 비례성을 담보할 수 있어 초단시간 근로자를 퇴직급여제도의 적용대상에 포함시킨다 하더라도 사용자에게 심대한 수준의 영향을 미친다고 판단하기는 어렵다고 본다.

평등권 침해에 대해서도 퇴직급여의 후불임금적 성격을 전제로 다른 단시간 근로자와 지급여부에 차이를 둘 합리적 이유를 찾기 힘들며, 사회보장적 기능에 따른 지급 필요성 역시 소정근로시간에 따라 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다는 점을 들어 합리적 기준이 될 수 없다고 한다.

공로보상적 측면에서 본다고 할지라도 시간의 양적인 차이가 있을지언정 질적인 차이가 있다고 보기 어려우며, 소정근로시간이 아닌 '실제' 근로시간에서 다른 단시간 근로자와 유사한 경우도 충분히 가능하다는 점에서, '소정근로시간'을 기준으로 퇴직급여 적용 여부에 차별을 두는 것은 합리적이지 못하다고 한다.

국제노동기구(ILO) 제175호 「단시간근로 협약」(1944) 제8조의 경우도 본 협약이 '근로시간 및 소득 기준'이 다수의 단시간 근로자들을 배제하지 않도록 설정되어야 하며, 노사단체의 협의 등을 통해 그 기준이 정기적으로 검토되어야 한다고 하면서 점진적으로 보호 범위를 확대하기 위한 고려가 필요하다고 한 점을 염두에 두어야 한다.

이상 헌법재판소의 다수의견과 소수의견을 살펴보았을 때, 두 의견의 가장 큰 차이점은 '퇴직급여'의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가였다. 다수의견은 퇴직급여를 사회보장적 측면에서 사용자가 근로자에게 주는 '공로보상금'의 성격으로 보았고, 이는 기존 헌법재판소의 다수 결정문에서 실시한 바였다(헌재 2008. 11. 27. 2007헌바36; 헌재 2011. 7. 28. 2009헌마408 등). 그렇기 때문에 입법자가 본 제도를 설계함에 있어 입법 형성 재량의 여지가 컸고, 이에 따라 합헌의견이 도출되었다. 그러나 소수의견은 퇴직급여의 성격을 '후불임금'의 성격으로 보았으며 이는 기존 대법원의 견해이다(대법원 2017. 5. 11. 선고 2012다200486 판결 등). 내가 일해서 받아야 할 돈, 즉 반대급부인데 왜 입법자가 제한하는가가 심각한 문제이고 엄밀한 이론 구성이 필요한데, 이를 뒷받침할 논거가 부족하다는 판단에 따라 자연스레 위헌의견이 제시된 것이다.

따라서 퇴직급여의 법적 성격 여부를 다시 한번 검토할 필요가 있다. 관련 논쟁은 현재의 퇴직급여법이 제정되기 전 「근로기준법」에서 퇴직금제도가 설정되어 있을 때로 거슬러 올라간다. 퇴직금의 법적 성격에 대해서는 ① 공로보상설, ② 임금후불설, ③ 생활보장설로 나눌 수 있다.<sup>1)</sup>

먼저 공로보상설에 대해서는 사용자의 은혜에 기초한 것으로 임의적·시혜적 성격의 급여이기 때문에 그 권리성이 희박하며, 현재는 이를 주장하는 견해가 없다고 한다. 임금후불설은 임금의 미지급분을 퇴직 시 일괄하여 정산한다는 것으로 다만, 1년 미만이라는 단서가 붙는 것은 불확정 기한이 붙어 있다는 것이다. 현재 학계의 통설이자 대법원의 확고한 견해이다. 마지막으로 생활보장설은 임금후불설에 대한 비판에서 생겨난 것으로 임금이퇴 퇴직 후의 최저생활을 보장하기 위한 것이라 한다. 단독적인 성격이라기보다는 후불임금적 성격을 겸한다는 견해라고 볼 수 있다.

생각건대, 현실적으로 퇴직금이 일정 근속연수와 근로시간을 채운 '모든' 근로자에게 일률적으로 지급되며 그 시기 또한 퇴직 시로 확정되어 있다는 점을 보면 후불임금의 성격이 타당해 보인다. 또한, 근로계약·취업규칙·단체협약에서 명문화되어 일종의 규범으로 작용되고 있다는 점 역시 노사 모두 이것을 임금을 매개로 한 관례로서 합의한 것이라 판단된다.

다만, 퇴직급여법이 제정되면서 그 목적으로 근로자의 노후생활 보장을 언급하고 있으나 생활보장설 역시 후불임금적 성격을 부정하는 것은 아니다. 또한 퇴직금의 법적 성격이 후불임금인데 퇴직금을 연금 형식으로 변환시켰다고 해서 그 법적 성격이 달라진다는 것도 논리적으로 맞지 않는다. 현재 퇴직급여제도가 도입되었다고 해서 퇴직금의 법적 성격이 달라졌다는 주장도 제시되지 않았다고 한다.

따라서 헌법재판소의 다수의견은 사용자의 경제적 상황을 규범적 판단으로 치환하려 한 데

1) 이하 세 학설의 내용에 대해서는 노동법실무연구회, 『근로기준법주해 II』(제2판), 박영사, 2020. 4. pp.702~706 참조.

서 무리가 있다고 생각된다. 법제도의 기본권 침해 여부를 판단할 때 일체의 사회·경제적 상황을 도외시할 수는 없다. 그러나 사회·경제적 상황에 매몰되어 사회적 약자의 기본권이 침해되는 것을 막는 것이 헌법재판소 본연의 임무라고 생각한다. 퇴직급여의 법적 성격에 좀 더 충실한 해석을 하여 초단시간 근로자라는 사회적 약자의 기본권 보호 해석에 충실한 소수의견이 보다 더 타당하다고 판단한다. [KLI](#)

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)