

노동판례리뷰

육아휴직자에 대한 불이익처우

- 대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결 -

【판결 요지】

남녀고용평등법 관련 규정의 문언, 체계 및 취지 등에 비추어 보면, 사업주가 남녀고용평등법 제19조 제4항에 따라 육아휴직을 마친 근로자를 복귀시키면서 부여한 업무가 휴직 전과 '같은 업무'에 해당한다고 보려면, 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무내용뿐만 아니라 실제 수행하여 온 업무도 아울러 고려하여, 휴직 전 담당 업무와 복귀 후의 담당 업무를 비교할 때 그 직책이나 직위의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에서 사회통념상 차이가 없어야 한다. 만약 휴직기간 중 발생한 조직체계나 근로환경의 변화 등을 이유로 사업주가 '같은 업무'로 복귀시키는 대신 '같은 수준의 임금을 지급하는 다른 직무'로 복귀시키는 경우에도 복귀하는 근로자에게 실질적인 불이익이 있어서는 아니 된다.

마트를 운영하는 종합유통업 회사에 근무하던 원고는 1999년 입사한 후 2011. 4. 1. 대리로 승진하였고, 같은 해 8월에 '발탁매니저'로 인사발령을 받아 근무하던 중 2015. 6. 13.부터 1년간의 육아휴직을 사용하였다. 본래 매니저 직책은 과장 직급 이상만 담당할 수 있는 것이 원칙이나, 대리 직급 직원이 임시로 맡는 경우 '발탁매니저'라 하였고 총 20만 원의 수당을 지급하였다. 육아휴직 기간 도중이던 2016년 2월 원고는 육아휴직 종료 의사를 회사 측에 통지하였는데, 회사는 '육아휴직 대체근무자가 원고가 맡았던 생활문화매니저 직책을 2015년 10월부터 수행하고 있다'는 이유로 매니저보다 아래 직책인 '담당'으로 인사발령하였다. 이러한 인사발령이 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하, 남녀고용평등법) 제19조 제4항 위반으로 부당한 전직명령인지 다투어진 사안이다. 지노위와 중노위에서 부당전직 구제신청이 인용되었으나 중노위 재심판정 취소청구의 소송에서는 1심과 2심에서 근로자 측이 패소하였고 상고심에서 파기 환송 결정이 내려졌다.

대상판결의 가장 큰 의의는 육아휴직자에 대한 불리한 처우를 금지하는 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항의 해석론을 제시하였다는 점이다. 이 사건 1심과 항소심 판결에서는 제19조 제4항의 “휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무”의 해석론만을 검토하였으나, 상고심에서는 제19조의 문언과 전체적인 체계를 종합적으로 고려하였을 때 제19조 제4항을 어떻게 해석해야 하는지를 제시하였다는 점에서 차이가 있다. 대상판결은 동조 제4항은 육아휴직자에 대한 불리한 처우를 금지하는 제3항을 보다 구체화한 것이라고 실시하였다. 따라서 제4항 위반 여부를 판단함에 있어, “단순히 육아휴직 전후의 임금 수준만을 비교하여서는 아니 되고” 임금 외 다른 사정을 종합적으로 고려하였을 때 제3항의 입법취지와 맥락을 고려하여 “실질적으로 불이익이 있었는지” 판단하였어야 한다고 판시하였다. ‘임금 수준이 같기만 하면 제19조 제4항 위반이 아니다’라는 해석론은 제19조 제3항에서 육아휴직 사용자에게 대한 불리한 처우를 금지하는 입법자의 의사에 반하는 것임을 명확히 한 것이다. 제4항의 문언만 볼 경우에는 같은 업무이거나 임금 수준이 같은 업무로 복귀시키면 법 위반이 아닌 것으로 해석할 소지가 있으나, 이러한 해석은 제19조 제3~4항의 입법취지와 내용에 반한다는 것이다.

그렇다면 대상판결이 제시한 제19조 제3항의 입법취지와 내용은 무엇일까. 대상판결은 제3항의 불리한 처우란, “육아휴직으로 말미암아 발생하는 불이익 전반을 의미하므로 사업주는 육아휴직 사용자에게 업무상 또는 경제상의 불이익을 주지 않아야 하고 업무가 현저히 달라짐에 따른 생경함, 두려움 등으로 휴직 신청이나 복직 그 자체를 꺼리게 만드는 등의 지장을 초래하지 않아야”한다라고 실시하였다. 즉, 제19조 제3항의 불리한 처우 금지 조항은 육아휴직자에 대한 사업주의 처분이 노동자의 육아휴직 신청이나 복직 신청을 저해하지 않아야 한다는 관점에서 해석하도록 방향을 제시한 것이다. 이는 사업주의 복직 명령이 ‘인사재량권의 범위를 일탈했는지’가 아니라 ‘노동자의 육아휴직 신청이나 육아휴직 후 복직 신청을 저해하는 영향을 미치는지’를 중심으로 그 정당성을 판단하게 한다는 점에서 사안을 판단하는 관점을 완전히 전환시킨다. 일반적인 전직의 정당성 사건과 다르게 육아휴직 복직자 사건을 판단해야 한다고 제시하기 때문이다.

이러한 관점에서 대상판결은 제19조 제4항의 구체적인 해석론을 제시하였다. 우선 제4항의 “같은 업무”에 해당하려면 ‘문서상 명시된 업무내용뿐만 아니라 실제 수행하여 온 업무도 함께 고려해야 하고 휴직 전후의 업무를 비교했을 때 그 직책, 직위의 성격, 내용, 범위 및 권한, 책임 등에서 사회통념상 차이가 없어야 한다고 하였다. 같은 업무인지 판단함에 있어서도 상대적으로 엄격한 기준을 제시한 것이다.

또한 제4항의 “같은 수준의 임금을 지급하는 다른 직무”에 해당하는지를 판단할 때 ‘근로환경의 변화나 조직의 재편 등으로 인하여 다른 직무를 부여해야 할 필요성 여부 및 정도, 임금을 포함한 근로조건이 전체적으로 낮은 수준인지, 업무의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에

불이익이 있는지 여부 및 그 정도, 대체 직무를 수행함에 따라 업무상·생활상 이익의 박탈 여부 및 정도, 불리한 처우를 하지 않기 위하여 사전 협의 등 필요한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하였다. 임금이 같은 수준인 것만으로는 육아휴직자에 대한 불리한 처우를 하지 않을 의무를 다했다고 할 수 없고 실질적으로 불리한지 여부를 판단해야 한다는 것이다.

이 사건 인사발령이 노동자에게 실질적으로 불리하였는지 여부를 판단함에 있어 발탁매니저 직책의 성격이 문제되었다. 이 사건 노동자는 휴직 전의 직책이었던 발탁매니저를 복직 후 유지하지 못한 것이 제19조 제3~4항 위반이라고 주장하였는데, 하급심 판결에서는 발탁매니저가 정식직책이 아니고 회사의 필요에 따라 임시적, 시혜적으로 부여되는 임시직책이라고 판단하였다. 회사의 '발탁매니저 운영세칙'에 따르면 발탁매니저는 회사의 필요에 따라 임시로 보직된 직책이고 경영상 필요한 경우 발탁매니저 보직을 해임하고 과장급 이상의 간부사원을 보할 수 있다고 규정하였다. 또한 발탁매니저로 발령 받았다가 다시 담당 직급으로 발령받은 다수 사례가 존재하기도 하였다. 이러한 규정과 사실을 바탕으로 하급심에서는 발탁매니저가 임시직책에 불과하므로 본래의 직급에 따라 수행해야 할 직책으로 복귀시킨 것이 노동자의 이익을 침해하는 불리한 처우라고 할 수 없다고 판단하였다. 그러나 대상판결은 매니저 직책 267개 중 45.3%인 121개가 발탁매니저에 의해 수행되는 사실, 17년의 기간 동안 발탁매니저로 일하다 사원으로 변경된 자가 101명인데 발탁매니저로서의 근무기간이 2년 이상인 경우가 절반가량이라는 점, 발탁매니저로 근무하다 육아휴직을 사용한 경우 대부분 복귀 후 얼마 지나지 않아 다시 발탁매니저 직책이 부여된 점 등을 고려했을 때 임시직책에 불과하다고 볼 수 없다고 하였다. 위와 같은 사실관계는 발탁매니저로 근무하는 기간이 사원과 매니저 사이의 중간단계처럼 정례화되어 있음을 보여준다. 또한 회사 측도 육아휴직 복직 후 발탁매니저 직책을 다시 부여하는 방식으로 운영해 왔는데 원고인 노동자에게 부여하지 않은 이유가 무엇인지 제시하지 않고 임시직책 운영상의 재량이라고만 설명하였던 것이다. 대상판결은 취업규칙상 임시직책으로 규정되어 있다 하더라도 실질적인 운영 실태를 고려할 것, 제19조 제3항의 취지를 고려하여 직책 운영상의 재량이 육아휴직 사용 관련 권리를 침해하지 않는지를 심사할 것을 제시한 것으로 보인다.

발탁매니저를 정식직책으로 인정하더라도 제19조 제4항의 '같은 수준의 임금을 지급하는 직무'에 해당한다면 인사명령의 정당성이 인정될 수 있었을 것이다. 그러나 앞에서 설명하였듯이 대상판결은 단순히 휴직 전후의 임금 수준만을 비교하는 것이 아니라 "육아휴직 이전보다 불리한 직무가 아니어야 하는 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사업주가 필요한 조치를 다하였는지"를 판단해야 한다고 하였다. 그러므로 대상판결은 같은 업무로 복귀시킨 경우인지에 대하여 원심판결이 임시직책이라는 잘못된 판단을 하였고, 같은 수준의 임금인 직무를 부여한 경우

인지에 관련해서는 임금 수준만 비교하는 등 필요한 심리를 다하지 않았다는 점에서 잘못이 있다는 결론에 이르렀다.

과거 육아휴직자 불리한 처우 관련 사건은 해고처분을 하는 등 불리함 여부에 이론의 여지가 없는 경우가 대부분이었다. 그런데 대상판결 사안은 육아휴직 이전과 같은 직급이나 직책과 달리 부여한 경우라는 점에서 특색이 있는데, 사업주의 인사재량 이전에 육아휴직을 자유롭게 사용할 권리의 보호라는 관점에서 제19조의 문언과 체계를 종합적으로 고려하였다는 점에서 중요한 의의가 있는 판결이다. 고용노동부의 육아휴직 관련 업무편람에서는 같은 임금 수준의 직무라 하더라도 제19조에서 금하는 불리한 처우가 될 수 있음을 안내하고 있으나 실무에서는 임금 수준만 같으면 된다는 해석이 통용되었던 것도 사실이다.¹⁾ 이 판결을 계기로 육아휴직자에 대한 인사명령의 정당성이 남녀고용평등법 제19조의 입법취지를 고려하여 엄격하게 해석되어야 한다는 인식이 확산될 것으로 기대된다. **KL**

구미영(한국여성정책연구원 연구위원)

1) 고용노동부가 발간하는 「모성보호와 일·가정 양립 지원 업무편람」(2021)에서도 “같은 수준의 임금을 지급하는 업무로 복귀시켰다 하더라도 법 제19조 제3항에 따른 불리한 처우로 판단될 수 있음”이라고 안내하고 있다(p.131).

정년 도래, 근로계약기간 만료, 폐업 등 이후 부당해고 등 구제신청과 구제이익

- 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021두46285 판결 -

【판결 요지】

근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 소멸하였다고 봄이 타당하고, 이와 같은 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에 대하여도 마찬가지로 적용된다.

근로기준법 제28조 이하에서 정한 부당해고 등 구제명령제도는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌 등과 같이 사용자의 징계권 내지 인사권의 행사로 인해 근로자에게 발생한 신분상·경제적 불이익에 대하여, 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법보다 좀 더 신속·간이하고 경제적이며 탄력적인 권리구제 수단을 마련하는 데에 그 제도적 취지가 있다. 따라서 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우라면, 과거의 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차를 이용하는 것은 부당해고 등 구제명령제도 본래의 보호범위를 벗어난 것으로 보아야 한다.

1. 사건 개요

A공사는 2018. 12. 28. 원고에 대하여 정직 1개월의 징계처분을 하였고, 원고는 12. 31. 정년 퇴직하였다. 원고는 2019. 1. 3. 정직의 취소와 정직에 따른 임금 감액 상당액의 지급을 구하는 구제신청을 하였다. 전남지방노동위원회는 원고의 정년퇴직으로 근로관계가 종료되었으므로 원고에게 구제명령을 받을 이익(구제이익)이 없다며 그 신청을 각하하였고, 중앙노동위원회는 초심판정과 같은 이유로 원고의 재심신청을 기각하였다.

원고가 제기한 재심판정취소의 소에서 제1심판결은, 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능하여도 해고기간의 임금상당액 지급을 바라는 구제이익이 유지되는데, 이는 이미 정년퇴직한 근로자가 종전의 정직에 따른 임금 감액 상당액의 손실을 회복하기 위해 부당정직 구제신청을 한 경우에도 마찬가지라며, 재심판정을 취소하였다. 원심판결은, 부당정직 구제신청 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능한 경우에는, 근로자가

부당정직의 효력을 다투던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리할 필요성이 없어 구제이익이 없다는 피고(중앙노동위원회 위원장)의 '추가 주장'에 대하여, 부당정직 구제신청 당시 이미 정년이 지난 원고에게 정직기간의 임금상당액 지급에 관한 구제이익이 있다는 판단을 길고 자세하게 덧붙였다.¹⁾ 이 추가 주장에 대한 원심판결의 판단이 대상판결에서 쟁점이 되었다.

2. 대상판결의 내용

대상판결은, 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는, 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 소멸하였다고 봄이 타당하고, 이와 같은 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 하였다. 그 이유는 다음과 같다(판결이유 순서를 바꾸거나 한데 묶기도 하였다).

1) 근로자의 보호나 절차경제적 측면에서, 근로자가 신속한 구제를 받기 위해 행정적 구제절차를 이용하였는데 중간에 근로계약관계가 종료되었다는 이유로, 그 신청인을 구제절차에서 배제하거나, 그동안 노동위원회가 진행한 조사나 그 조사결과를 토대로 내린 판정을 근로계약관계가 종료되었다는 이유로 모두 무위로 돌리는 것은 바람직하지 않다고 볼 여지가 있으나, 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 종료된 경우에는 그러한 고려를 할 필요성이 크지 않다. 근로계약관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제이익의 존부를 달리 취급하는 것은 충분히 합리적이다.

2) 부당해고 등 구제명령제도는 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법보다 좀 더 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제 수단을 마련하는 데에 그 제도적 취지가 있다. 따라서 부당해고 등 구제신청 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에도 과거 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차의 이용을 허용하는 것은 사용자가 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분에 대한 구제라는 부당해고 등 구제명령제도의 본래의 보호 범위에 포함되지 않는다.

3) 노동위원회의 구제명령이 내려지면 사용자는 이를 이행하여야 할 공법상의 의무를 부담하고(이행하지 않으면 3천만 원 이하의 이행강제금 부과), 확정된 구제명령을 이행하지 않은 사용자는 형사처벌 대상이 된다. 따라서 부당해고 등 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 종료된 경우에도 근로자의 구제이익을 인정하면 사용자에게 공법상 의무를 지나치게 부과하거나 형사

1) 원심판결(대전고법 2021. 6. 18. 선고 2020누12481)은 피고의 '추가 주장'에 관한 판단을 덧붙인 것 외에는 제1심판결의 판결이유를 그대로 인용하였다.

처벌의 범위를 확대하는 결과가 된다.²⁾

4) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결은 부당해고 등의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 구제이익이 인정된다는 취지이다. 따라서 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에까지 그 법리가 그대로 적용된다고 할 수 없다. 또한 2021. 5. 18. 개정 「근로기준법」 제30조 제4항(신설)³⁾은 부당해고 등 ‘구제절차 도중’ 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자의 원직복직이 불가능한 경우에도 근로자에게 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익을 인정해야 한다는 취지이고, 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 소멸하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에까지 구제이익을 인정하여야 한다는 의미로는 해석되지 않는다.

5) 근로기준법은 근로자에게 부당해고 등에 대해 구제신청권을 부여하고 있으므로, 부당해고 등 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 종료된 경우에는 더 이상 근로자의 지위에 있다고 볼 수 없으며, 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 그 사용자와의 관계에서 근로계약관계가 있었다는 사정만으로 구제신청권을 갖는 근로자의 범위에 포함된다고 해석하기는 어렵다.

3. 대상판결의 의의

대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결은 구제신청 시점이 근로계약관계의 종료 이전 사안으로 대상판결과 그 시점이 달랐다. 대법원 전원합의체 판결의 취지가 2021. 5. 18. 개정 근로기준법에 반영된 것은 명백하지만 개정 근로기준법은 대상판결과 같은 사안에 대하여까지 분명히 규정하지는 않았다(물론 대상판결의 해석처럼 ‘구제절차 도중’ 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 원직복직이 불가능한 경우로 한정하여 규정한 것도 아니다). 따라서 근로계약관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제이익의 존부를 달리 취급하여야 하는지가 쟁점이 되었다.

- 2) 폐업으로 근로계약관계가 종료되어 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 한 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020두54852 판결은 대상판결과 똑같은 판결이유에 “침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 할 수 없으므로(대법원 2021. 11. 11. 선고 2021두43491 판결 등 참조)”라는 이유를 덧붙였다.
- 3) 근로기준법 제30조 ④ 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 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.

대상판결은 대법원 전원합의체 판결의 적용 범위를 분명히 하였다. 대법원 전원합의체 판결에 대한 이해가 대상판결과 같다면, 그 판결의 취지를 반영한 것이 명백한 개정 근로기준법에 대한 해석과 적용도 대상판결과 같을 수밖에 없다. 그러한 이해와 해석에 기초하여 대상판결은 구제신청 당시 이미 정년의 도래, 근로계약기간의 만료 등의 사유가 있어도 구제이익을 인정할 수 있다고 한 원심판결을 깨고, 구제신청 당시 이미 정년의 도래, 근로계약기간의 만료 등의 사유로 근로계약관계가 종료된 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 하였다. 여기에 대상판결의 의의가 있다.⁴⁾

4. 대상판결에 대한 검토와 그 적용

1) 원심판결과 대상판결이 밝힌 것처럼, 부당해고 등 구제명령제도는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌 등과 같이 사용자가 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분에 대하여, 민사소송을 통한 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 좀 더 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제 수단을 마련하는 데에 그 제도적 취지가 있다. 근로자 보호 목적의 근로기준법에 담긴 그러한 취지의 제도는 폭넓게 적용할 필요가 있다.⁵⁾ 대상판결에 따르면, 근로자는 반드시 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하기 전에 구제신청을 하여야 한다. 결국 정년이 임박한 근로자 또는 통상 2년 이하로 근로계약기간을 정하는 기간제근로자의 경우에는 근로기준법이 보장하는 구제신청의 제척기간(3개월)이 잔존 근로기간으로 한정되는 결과를 초래하는데, 그러한 결과는 부당해고 등으로부터 열악한 지위에 있는 근로자를 보호하려는 근로기준법의 목적에도 반한다. 근로기준법의 목적과 부당해고 등 구제명령제도의 취지, 그리고 그 제도의 적용 배제가 가져올 부당한 결과를 고려할 필요성은 크므로 대상판결과 같은 사안에서 그 신청인을 구제절차에서 배제하는 것은 바람직하지 않고, 근로계약관

4) 대상판결은 부당해고 구제신청에서 구제이익에 관한 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖에 징벌 등에 대한 구제신청에도 적용된다고 하였는데, 그 적용은 개정 근로기준법에서 분명히 규정하고 있으므로 대상판결만의 의의라고 하기는 어렵게 되었다.

5) 이는 원심판결의 취지이기도 한데 원심판결은 “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”고 하였다. 원심판결에 대한 필자의 리뷰는 「정년 도래, 근로계약기간 만료 등 이후에 부당정직 등 구제신청과 구제이익 - 대전고등법원 2021. 6. 18. 선고 2020누12481 판결」, 『노동리뷰』 2021년 9월호, 한국노동연구원, pp.133~136.

계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제명령을 구할 이익의 존부를 달리 취급하는 것은 매우 불합리하다. 게다가 구제신청의 제척기간은 3개월로 아주 짧고 그 정도의 예측 가능한 보호가 사용자에게 공법상의 의무를 지나치게 부과하거나 형사처벌을 확대하는 결과를 가져온다고 할 수 있는지 의문이다.

2) (1) 대상판결이 개정 근로기준법을 ‘구제절차 도중’ 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 원직복직이 불가능한 경우로 한정하여 해석·적용하였으므로, 당장 원심판결의 취지와 같은 입법 개선이 없다면, 앞으로는 대상판결과 같은 사안은 부당해고 등 구제명령제도보다 좀 더 신속·간이하지 않으며 경제적이지 않고 탄력적이지 않은 권리구제 수단인 민사소송절차를 통해 해결하는 수밖에 없게 되었다. (2) 대상판결과 같이 개정 근로기준법을 해석·적용하더라도, 원직복직이 불가능하여도 임금상당액 지급 등의 구제이익을 인정할 수 있는 근로계약관계의 종료 사유인 “근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등”에는 폐업은 물론이고, 위수탁업체 변경, 자발적 사직(퇴직)이나 당연퇴직(면직) 등 그 명칭을 불문하고 객관적으로 원직복직이 불가능한 사유도 포함하여야 한다.⁶⁾ (3) 정년의 도래 등의 사유 그 자체가 부당해고라며 구제신청을 하였다면, 외형상으로는 구제신청을 할 당시 그 사유로 이미 근로계약관계가 종료되어 더 이상 근로자의 지위에 있지 않은 것처럼 보이더라도, 구제신청을 하기 전에 그 사용자와 관계에서 근로계약관계가 있었다는 사정만으로 구제신청을 할 수 있는 근로자의 범위에 포함된다.⁷⁾ 이는 지금도 그러하고, 앞으로도 지금과 달라지는 것은 없다. **KL**

장영석(전국언론노동조합, 법학박사)

6) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020두54852 판결은 폐업도 그 사유의 하나로 보면서 대상판결과 같은 취지를 밝히고 있다(다만 구제신청 당시 이미 폐업으로 근로계약관계가 종료된 사안이므로 구제이익을 인정할 수 없으므로 육군 ○○사단 간부이발소 사업 폐지가 폐업과 같다고 인정할 만한 사정이 있는지, 그러한 사정이 있는 경우 폐업 시기가 구제신청보다 앞서는지 여부 등을 심리하여 구제명령을 받을 이익이 있는지 판단하여야 한다는 이유로 원심판결을 깨뜨렸다). 강선희(2020), 「해고기간 중의 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익 있다 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결」, 『노동리뷰』 4월호, 한국노동연구원, p.90에서는 자의에 의한 사직을 또 다른 예로 들고 있다.

7) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결도, 위수탁업체를 변경하여 계약기간을 2017. 2. 1.부터 하는 위수탁관리계약 체결 과정에서 고용승계가 되지 않아 같은 날부터 근무할 수 없게 되자 3. 17. 구제신청을 한 데 대하여 사용자가 누구인지와 관계없이 재심판정에 대해 다툼 소의 이익이 있다고 하였다.

MES를 통한 상당한 지휘·명령 여부

- 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다221638 판결 -

【판결 요지】

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 …… 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무 수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지 …… 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

다음과 같은 사정을 종합하여 보면 (…… 원고들은 1999년경까지는 피고가 제공한 작업표준서에 따라, 그 이후에는 협력업체가 기존 작업표준서를 기초로 핵심적 내용이 질적으로 동일하게 자체적으로 작성한 피고로부터 검증을 받은 작업표준서에 따라 작업을 수행하였다. 또한 피고의 제품 생산과정과 조업체계는 현재 전산관리시스템(MES)에 의해 계획되고 관리되는바, 원고들은 전산관리시스템(MES)을 통해 전달받은 바에 따라 작업을 수행하였다……) 원고들이 이 사건 각 협력업체와 고용을 유지하면서 피고의 사업장에서 크레인·지게차 운전 및 제품·공장 업무를 수행한 기간에는 원고들을 파견근로자로서 사용하였다고 판단된다.

주지하는 바와 같이 2015. 2. 26. 이래 대법원은 근로자파견과 도급의 구별에 대해, 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라 실질에 따라 판단하라고 하면서 그 실질에 대해 다음과 같은 기준을 제시하고 있다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등): ① 원청이 하청에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 하청 근로자가 원청 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 하청 고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 하청 근로자가 맡은 업무가 원청 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 하청 고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지. 본 판결 역시 대법원의 이러한 기준에 의거해 판단되었다.

본 판결의 몇 가지 쟁점 중 이 글은 불법파견 판단의 요소 중 ① 사용자로서 직·간접적으로 상당한 지휘·명령을 하는지(이하, “상당한 지휘 등”이라 함)에 대해 다루고자 한다. 특히 이

글의 관심은 MES를 상당한 지휘 등의 징표로 볼 수 있는지 여부이다.

본 판결에서 전산관리시스템이라 언급된 MES(Manufacturing Execution System)는 제조업에서 널리 활용되는 생산 공정을 관리하기 위한 전자시스템을 말한다. 그간 하급심은 MES를 “단순히 도급업무를 발주하고 일의 결과에 대한 검수를 하는 데 필요한 정보를 입력하고 확인하는 PDA 단말기와 같은 기능에 그치는 것이 아니라 사용자가 하청 근로자들에 대한 작업을 지시하고 관리·감독할 수 있는 측면의 기능이 강화된 시스템(광주고법 2019. 9. 20. 선고 2016나 546.553.560.577 판결)”이라 이해하기도 하고 “장비 관리사이트일 뿐 근로자별로 성과와 실적을 관리하거나 감독하는 것이 아니며 종전 작업확인 과정을 전산화한 것에 불과할 뿐 지시나 통제 수단으로 보기 어렵다(서울고법 2019. 9. 27. 선고 2018나2062639 판결)”라거나 “MES 입력은 업무수행 여부를 사후적으로 확인하기 어렵고 정량적으로 평가하기 어려운 이 사건 보전업무의 특성을 반영한 것으로서, 예정대로 작업이 수행되었음을 확인하고, 업무수행의 대가 산정과 관련하여 실제로 보전업무가 수행되었다는 증빙자료의 의미가 있는 것으로 보인다(수원지법 평택지원 2020. 2. 13. 선고 2017가합9246, 2018가합10243 판결)”고 평가하기도 하였다. 비록 대법원은 MES의 성격에 대해 판단하지 않았지만 그 원심에서 MES를 통한 업무 수행에도 불구하고 이를 상당한 지휘 등으로는 해석하지 아니한 입장을 취한 바 있다(대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406 판결 및 원심인 서울고법 2016. 7. 6. 선고 2015나2023411 판결).

본 판결은 이 사건의 MES를 상당한 지휘 등의 징표라 판단한다. 이 사건 원청의 제품 생산 과정과 조업체계가 MES에 의해 계획되고 관리되며 하청 근로자들은 MES를 통해 전달받은 바에 따라 협력작업을 수행한다고 본 것이다. 본 판결과 동일한 결론을 내린 하급심을 보면 이 사건의 MES 운영에 대한 사실관계를 좀 더 면밀히 확인할 수 있다(광주고법 2021. 2. 3. 선고 2019나21018 판결).

이 사건 원청이 정보를 입력하면 MES는 작업내용, 작업장소, 작업위치, 작업순서 등과 같은 구체적인 공정계획을 자동으로 생성하여 이를 하청 근로자들에게 전달하는 기능을 한다. 그리고 하청 근로자들은 MES를 통해 전달받은 바에 따라 원청과 협력 작업을 수행하였다. MES는 원청이 사전에 설정해 둔 프로그램에 따라 공정계획·작업내용을 자동으로 생성할 뿐만 아니라, 생산과정의 오류 등이 있어 하청 근로자들의 업무 수행 간 수정이 필요한 경우 원청 소속 근로자가 직접 MES에 새로운 정보를 입력하여 업무를 조정하기도 하였다. 이를 두고 하급심은 원청이 설정한 방식에 의하여 생성된 구속력 있는 공정계획·작업내용에 따라 하청 근로자들의 업무가 수행되었다고 평가하였고, 본 판결 역시 같은 태도를 취하고 있다.

불법 파견의 판례 법리는 직접적인 것은 물론 원청의 간접적인 지휘·명령 역시 문제를 삼고 있다. 그리고 판례는 근로자성 법리에서 ‘구체적, 개별적인 지휘·감독’과 ‘상당한 지휘·감독’이 구별되는 것처럼, 원청의 ‘상당한’ 지휘·명령을 불법 파견 여부의 판단 근거로 보고 있다.

판례는 그래서 현장감독자가 선임되어 있는 경우라도 그 현장감독자가 원청이 결정한 지시 내용을 그대로 전달하는 수준이라거나(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결) 원청이 작업 계획서, 작업지시서, 매뉴얼 등을 교부한 경우에도 이를 통해 하청 근로자에 대한 간접적인 지시를 하였다고 평가할 수 있다면(대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072 판결) 이를 원청의 지휘·명령으로 해석하고 있는 것이다. 판례의 이 같은 해석은 MES에 관한 판단에서도 그대로 유지되어야 한다.

물론 모든 MES를 동일하게 평가할 수는 없을 것이다. 구체적인 사안에 따라 그 기능은 상이할 것이고 공정에서의 활용도 역시 차이가 있을 것이다. 하지만 MES를 통해서도 사실상 업무 지시의 효과를 낸다면 이는 상당한 지휘 등으로 보아야 한다. 그것이 대면이 아니라 해서, 장소적으로 분리되었다 해서, 직접 접촉이 없다고 해서 지휘·명령이 아니라 해석할 일은 아니라는 것이다. 더구나 일반 근로자라 하더라도 원격 근무가 일상화되고 SNS 등을 통한 업무 지시가 보편화되고 있다. MES가 사실상 구속력 있는 통제 시스템으로서 기능을 한다면 이는 당연히 불법파견 판단에 있어 중요 징표가 되어야 할 것이다.

종속의 징표를 발견하고 그로부터 종속에 관한 법 체계를 발전시켜 온 것이 노동법의 역사이다. 전산시스템, 인공지능, 알고리즘이라는 새로운 통제 수단 앞에 다시 종속의 의미를 새롭게 정의하고 종속을 통해 다양한 일의 양태를 포섭해 가는 노력은 4차 산업 혁명이 도래하는 지금 더 절실해져야 한다. MES라는 새로운 종속 도구에 대한 본 판결의 의의는 그래서 크다 할 것이다. **KL**

김영택(법학박사)