

## 노동판례리뷰

### 적법한 쟁의행위에 부수된 행위에 대한 형사책임

- 대법원 2022. 10. 27. 선고 2019도10516 판결 -

#### 【판결 요지】

근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하려면, ① 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, ② 목적이 근로조건 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, ③ 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, ④ 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 조건을 모두 구비하여야 한다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도 687 판결 참조). 이러한 기준은 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다.

대상판결의 사안은 다음과 같다. 한국철도시설공단 노동조합의 위원장인 피고인이 방송실 관리자인 총무부장의 승인 없이 방송실 문을 잠근 다음 방송을 하고 다른 노조 간부들은 방송실 문 밖에서 총무부장 등 방송실 관리직원들이 방송실에 들어가지 못하도록 막는 등의 행위를 하여 업무방해 등의 혐의로 기소된 사안이다.

대상판결에서는 문제된 행위가 형법상 정당행위에<sup>1)</sup> 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 대상판결에서는, 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하는지에 관한 기준은 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다는 전제에서, 제반 사정에 비추어보았을 때 피고인의 행위는

1) 형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

각 구성요건에 해당한다고 볼 여지가 있으나 그 주체와 목적의 정당성이 인정되고 절차적 요건을 갖추어 적법하게 개시된 쟁의행위 목적을 공지하고 이를 준비하기 위한 부수적 행위이자 그와 관련한 절차적 요건의 준수 없이 관행적으로 실시되던 방식에 편승하여 이루어진 행위로서 전체적으로 수단과 방법이 적정성을 벗어난 것으로 보이지 않으므로 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 봄이 타당하다고 판시하며, 이와 달리 피고인에 대한 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심을 파기환송하였다.

대상판결은 적법한 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위가 정당행위로서 위법성이 조각되는 기준에 관하여 최초로 판시한 판결이라는 점에서 의미를 가진다. 그런데 대상판결을 바라보는 데 있어서 주의점이 몇 가지 있다. 대상판결이 판단한 정당행위라는 것이 쉽게 인정되는 위법성 조각사유가 아니라는 점이다.

일반적으로 대법원은 위법성 조각사유로서 정당행위의 경우 그 인정요건을 매우 엄격하게 바라본다. 예컨대, 다음과 같다.

‘어떠한 행위가 위법성조각사유로서의 정당행위가 되는지의 여부는 구체적인 경우에 따라 합목적적·합리적으로 가려야 하는바, 정당행위로 인정되려면 첫째 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호법익과 침해법익의 균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성의 요건을 모두 갖추어야 한다.’<sup>2)</sup>

정당행위의 인정 여부를 엄격하게 바라보는 이유는 정당행위는 사회상규라는 초법규적 정당화 사유를 실정법에 들여온 예외적인 조항이기 때문이다. 그런 이유로 정당행위는 다른 위법성 조각사유에 대해 일반법적 성격을 가지며 문제된 구성요건적 행위가 개별 위법성 조각사유에 해당하지 않는 경우 보충적으로 적용된다.

정당행위가 쉽사리 인정되는 그런 위법성 조각사유가 아니라 엄격한 요건 충족하에 인정되는 것이라는 관점에서 대상판결을 주의해서 살펴보아야 한다. 대상판결에서 주의깊게 바라본 부분들은 다음과 같다.

첫째, 주된 행위에 해당하는 쟁의행위 그 자체는 적법했다는 것이다.

둘째, 대상판결에서 문제되었던 공간인 경영노무처 사무실 내 ‘방송실’은 대규모 방송시설이 설치된 독립적인 공간 혹은 공단 직원들이 상주하면서 통상적인 업무를 수행하는 공간이 아니라 위 사무실 내의 회의용 공간 또는 그 주변에 칸막이를 하여 마이크 등이 설치된 소규모 공간에 불과했다는 것이다.

셋째, 피고인 등이 방송실을 사용하는 동안 위 사무실에서 통상적으로 이루어지던 업무를

2) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99도4273 판결; 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등.

처리하는 데 별다른 지장이 없었다는 것이다.

넷째, 위 방송실이 원칙적으로 출입이 금지되거나 제한된 곳이 아니고 잠금장치도 없고 또한 방송실 출입 과정에서 폭력 등 파괴행위가 수반되지 않았다는 것이다.

다섯째, 방송실 사용을 위해서 사전 사용신청서 작성·제출 및 총무부장 승인이라는 절차가 내부규정상 있기는 하지만 공단에서 이를 엄격히 적용한 것도 아니고 구두로 신청·통지 후 사용하는 것을 허용하는 노사관행이 계속되어 왔었다는 것이다. 이는 내부 규정상 절차적 흠결이 있으나 노사관행이 피고인에게 유리하게 작용한 것이다.

여섯째, 피고인 등은 약 2분가량 극히 짧은 시간 동안 방송을 하였고 피고인이 방송을 통해 조합원들에게 관련 내용을 알릴 수밖에 없었던 긴급성·필요성이 매우 크다는 점이 인정되었다는 것이다.

일곱째, 피고인이 위 방송실을 사용한 행위와 관련하여 공단의 시설관리권 등의 침해 정도는 미미하였다는 것이다.

이와 같이 대법원은 위법성 조각사유로서의 정당행위의 요건을 토대로 해당 사안을 엄격하게 살펴서 정당행위를 인정했던 것이다. 따라서 적절한 쟁의행위에 수반되는 행위라면 일반적으로 정당행위에 해당한다는 식으로 오해하면 안 된다. **KL**

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

## 자동차제조업에서의 간접공정 및 2차 협력업체 소속 하청근로자의 파견근로자성

- 대상판결① 현대차: 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581 판결 등 -
- 대상판결② 기아차: 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732 판결 등 -

### 【판결 요지】

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 그 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 그 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 그 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

### 1. 사건의 경과

현대자동차 울산공장의 사내협력업체에서 근로하던 최병승이 2007년에 쏘아올린 작은 공이 2022년 15년 만에 결실을 보았다. 대법원은 지난 2022. 10. 27. 현대자동차 주식회사(이하 '현대차')와 기아 주식회사(이하 '기아차')의 사내협력업체 근로자 총 1,580여 명에 대해 최종적으로 판결하였고, 이는 이들이 서울중앙지방법원에 근로자지위 확인 등의 소를 제기한 지 12년 만이다. 이 과정에서 일부 사내협력업체 근로자들이 사망하거나 정년이 지나 각하되는 상황까지 벌어져 안타까움을 더 했다. 대상판결의 재판 진행과정을 파악하기 위해서는 2004년으로 거슬러 올라가는데<sup>1)</sup>, 2004년 민주노총 금속연맹 등은 현대차와 그 사내협력업체를 상대로 불법파견임

1) 보다 자세한 내용은 강선희(2015), 「H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다 - 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결」, 『노동리뷰』 4월호(통권 제121호), 한국노동연구원, pp.83-87.

을 이유로 (구)노동부에 진정하였고, 노동부는 이에 대해 조사한 결과 위 도급계약이 불법파견에 해당한다고 결론짓고 2004. 11.과 2005. 2.에 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’) 위반 혐의로 (울산 동부)경찰서에 고발하였다. 그러나 울산 동부경찰서는 이들 기업 중 25개사만을 불법파견으로 판단하여 기소의견으로 울산지방검찰청에 송치하였으나 울산지방검찰청은 2006. 12.에 현대차와 그 협력업체 모두에 대하여 혐의 없음을 이유로 불기소 처분하였고 부산고검 및 대검에 항고·재항고하였으나 결국 무혐의로 처분함으로써 형사사건이 일단락되었다.<sup>2)</sup> 그리고 나서 위 2004년 노동부의 불법판정 등을 근거로 현대차 울산공장 사내협력업체 소속 근로자 최병승 외 1명이 부당해고 및 부당노동행위로 다투어 대법원(2008두4367)에서 2010. 7. 22. 불법파견임을 인정받았다. 또한 현대차 아산공장 사내협력업체 소속 근로자 7명이 2005. 12. 근로자지위 확인 소송을 제기하여 대법원(2010다106436)에서 2015. 2. 26. 불법파견임을 인정받았으며, 이 판결은 기본판결로서 대상판결들이 원용하는 판결이 되었다. 위 최병승의 현대차 울산공장 대법원 판결이 나오자 2010년과 2011년에 걸쳐 현대차와 기아차 사내협력업체 소속 근로자(원고들) 약 2,950명이 서울중앙지방법원에 이들을 대상으로 근로자지위 확인 등의 소를 제기하였고<sup>3)</sup>, 소송과정에서 사내협력업체 근로자의 약 46%가 취하하고 약 1,580명에 대해 대법원이 2022. 10. 27.에 비로소 판결하였다.

〈대상판결 관련 목록〉

피고	1심	2심	최종심
현대차	(1) 서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2010가합112481, 2010가합112528, 2010가합112535, 2010가합112597, 2012가합70567 판결	서울고등법원 2017. 2. 10 선고 2014나49625, 2014나49632, 2014나49649, 2014나49656, 2014나49663 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다15010, 2017다15027, 2017다15034 판결
	(2) 서울중앙지방법원 2014. 10. 23. 선고 2010가합112450, 2010가합112467, 2010가합112504, 2010가합112559, 2010가합112573, 2010가합112610, 2011가합1410, 2011가합33059, 2011가합33226, 2011가합33615, 2011가합34359, 2012가합70550, 2012가합75722 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나51666, 2014나51673, 2014나51680, 2014나51697, 2014나51703, 2014나51710, 2014나51727, 2014나51734, 2014나51741, 2014나51758, 2014나51765, 2014나51772, 2014나51789 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581, 2017다14598, 2017다14604, 2017다14611, 2017다14628, 2017다14635, 2017다14642, 2017다14659 판결

2) 이 당시 파견법 위반 사건에 대해 사법처리 권한이 근로감독관(고용노동부)에 있지 않았으며, 고용노동부가 사업장 감독 후 경찰에 고발하는 절차를 거쳐야 했다. 이러한 업무처리의 이원화로 비효율이 발생할 소지가 있었으며, 경찰의 조사는 전문성과 일관성을 확보하지 못한 경우도 있었다. 이러한 문제점을 극복하기 위하여 2005. 3.부터 근로감독관에게 수사권을 부여하여 근로감독관이 직접 파견법 위반을 수사할 수 있도록 하였다.

3) 이에 대한 평석으로 강선희(2014), 「불법파견인 경우 사용자주의 직접고용의무 등 - 서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2010가합112481 판결 등」, 『노동법학』 제52호, 한국노동법학회, pp.364~369.

〈대상판결 관련 목록〉의 계속

피고	1심	2심	최종심
현대차	(3) 서울중앙지방법원 2014. 9. 19. 선고 2010가합112474, 2010가합112498, 2010가합112542, 2010가합112580, 2010가합135767, 2011가합1427, 2011가합33608, 2012가합56, 2012가합75715, 2012가합93324, 2013가합60185 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나51475, 2014나51482, 2014나51499, 2014나51505, 2014나51512, 2014나51529, 2014나51536, 2014나51543, 2014나51550, 2014나51567, 2014나51574 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14833, 2017다14840, 2017다14857, 2017다14864 판결
	(4) 서울중앙지방법원 2014. 9. 19. 선고 2010가합112511, 2010가합112443, 2010가합112566, 2010가합112603, 2010가합127537, 2011가합33066, 2011가합33233, 2011가합33622 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나51581, 2014나51598, 2014나51604, 2014나51611, 2014나51628, 2014나51635, 2014나51642, 2014나51659 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다15065, 2017다15072, 2017다15089, 2017다15096, 2017다15102, 2017다15119, 2017다15126, 2017다15133 판결
기아차	(1) 서울중앙지방법원 2014. 9. 25. 선고 2011가합75848, 2011가합75916, 2011가합126630 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나50458, 2014나50465, 2014나50472 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9763, 2017다9770, 2017다9787 판결
	(2) 서울중앙지방법원 2014. 9. 25. 선고 2011가합75831, 2011가합75909, 2011가합113115 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나48790, 2014나48806, 2014나48813 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 2017다9749, 2017다9756 판결

주: 병합 생략.

근로자의 입사날짜에 따라 구 파견법(제정법, 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항의 규정에 따라 ‘직접고용간주’(또는 ‘고용의제’)가 적용되거나<sup>4)</sup> 2006년 개정 파견법(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되어 2007. 7. 1. 시행) 제6조의2에 따라 ‘직접고용의무’가 적용된다. 위 판결목록들 중 현대차(2)의 경우는 직접고용간주만 적용되고, 나머지는 직접고용간주와 직접고용의무가 동시에 적용되는 사건이므로 직접고용간주가 적용되는 경우(근로자지위 확인 및 임금 차액 청구)는 현대차(2)를 중심으로, 직접고용의무가 적용되는 경우(고용의 의사표시 및 임금 차액 상당의 손해배상)는 현대차(1)을 중심으로 살펴본다.

## 2. 근로자파견관계의 성립 여부

대상판결들과 원심은 근로자파견의 판단기준에 대한 기본판결(대법원 2015. 2. 26. 선고

4) 구 파견법 제6조 제3항 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다. 다만, 당해 파견근로자가 명시적인 반대여사를 표시하는 경우를 제외한다.” 이에 따라 2005. 7. 1. 이전에 입사하여 사용사업주에게 파견되어 개정법 시행당시(2007. 7. 1)에 2년을 초과하여 계속 근로한 사실이 있는 근로자들은 종전 고용의제 규정에 따라 파견근로를 개시한 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날에 직접 고용이 간주된다.

2010다106436 판결 등, 위 【판결요지】)을 전제로 근로자파견관계 성립 여부를 판단하였다.

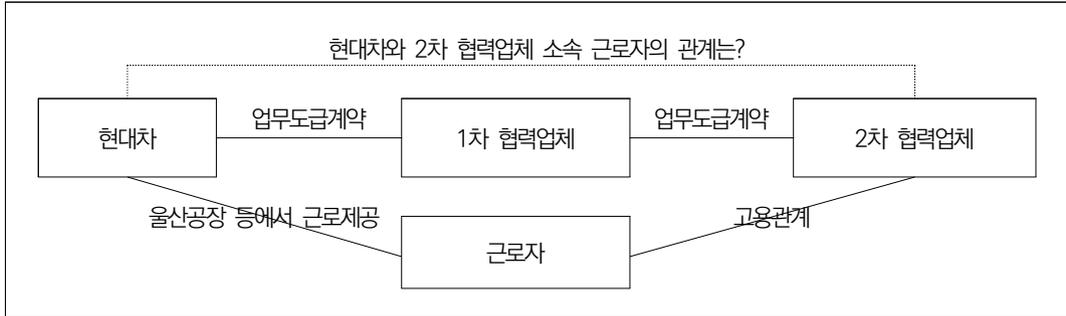
(1) 컨베이어벨트를 직접 활용하는 공정(직접 생산공정): 컨베이어벨트를 직접 활용하는 공정은 크게 프레스공정, 차체공정, 도장공정, 조립공정으로 나뉠 수 있는데, 이러한 공정에서 사내협력업체 근로자는 정규직 근로자와 공동 작업을 하는 등 하나의 작업집단을 이루었던 사실 등을 고려하면 근로자파견관계를 어렵지 않게 인정할 수 있다. 근로자파견관계가 인정되었던 대법원 2008두4367 판결, 대법원 2010다106436 판결도 의장, 엔진조립 공정을 담당한 사내협력업체 근로자였다.

(2) 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않은 공정(간접 생산공정): 생산관리(서열·불출), 품질관리, 내수출고PDI(pre-delivery inspection), 수출방청 등의 간접 생산공정의 경우에도 모든 심급에서 근로자파견관계를 인정받았다. 간접 생산공정도 실제 업무수행 과정에서 시·종업시간, 휴게시간, 연장 및 휴일근무시간의 근무시간 등 근로조건 설정·관리 방식이 컨베이어벨트를 이용한 직접 생산공정과 크게 다르지 않을 뿐만 아니라 피고가 사양일람표, 서열 모니터, PDI 정비지침서 등을 통해 해당 업무의 수행에 필요한 업무지시를 하는 등의 지휘·명령권을 행사한 반면, 사내협력업체가 스스로 독자적인 지휘·명령을 하였다는 정황을 찾아보기 어렵고, 해당 공정의 작업량이나 투입 인원 또한 컨베이어벨트의 작동 속도 및 생산량을 감안하여 책정되는 등 간접 생산공정의 경우도 근로자파견관계가 인정된다고 판단하였다.

(3) 2차 협력업체 소속 근로자의 경우: 2차 협력업체 소속 근로자의 경우는 사실관계에 따라 일부는 근로자파견관계를 인정한 원심을 파기환송하였고, 나머지는 원심을 유지하였다. 원심은 근로자파견인지 여부는 형식적인 계약서의 작성 여부보다 해당 업체들 사이에서 근로자가 제공하는 근로의 실질적인 경위와 내용이 검토되어야 한다고 전제한 다음, 1차 협력업체와 도급계약을 체결한 2차 협력업체 소속으로 수출방청업무를 담당하거나 의장라인 부근에서 생산관리업무를 담당한 원고들이 2차 협력업체 소속 근로자라고 하여 피고를 사용자업주로 하는 근로자파견관계가 부정될 수 없다는 취지로 판단하였고<sup>5)</sup>, 대상판결도 이러한 원심 판단을 수긍하였다. 한편 대상판결은 일부에 대해 원심이 위 【판결요지】와 같은 판단요소에 관한 사정들을 보다

5) 이에 대해 1심은 현대차와 2차 협력업체 간에 묵시적 근로자파견계약 관계가 성립하였다고 보았고, 원심은 “② 2차 사내협력업체는 피고의 사업장에 소속 근로자들을 파견하였고, 피고가 이들 2차 사내협력업체 소속 근로자들을 사용하여 자동차 생산 등 업무를 수행하도록 하였을 뿐, 현대0000 등이 2차 사내협력업체 소속 근로자들을 관리하거나 지휘·명령권을 행사하는 등으로 업무수행에 관여하였다는 사정을 찾아보기 어렵다. 그렇다면 근로자를 실제로 사용한 피고에게 파견법에 따른 사용자업주로서의 책임을 부담하도록 하는 것이 그 실질과 형평에 있어 부당하다고 보이지 않는다. ③ 만일 피고가 2차 사내협력업체로부터 위와 같이 직접 근로자를 제공받아 실질적으로 사용하였음에도 불구하고, 단지 2차 사내협력업체들과 명시적인 계약 체결을 하지 않았다는 이유만으로 피고에게 사용자업주로서의 책임을 물을 수 없다고 본다면, 실질적으로는 위법하게 근로자를 파견받아 사용하면서도 제2의 사내협력업체를 끼워넣는 방식으로 파견법의 적용을 손쉽게 회피할 수 있는 길을 열어주게 됨으로써, 파견근로자의 상용화와 장기화 방지라는 입법 취지를 훼손하는 결과에 이르게 된다.”라고 판단하였다.

구체적으로 심리하였어야 한다고 판단하여 파기환송하였다.



대상판결은 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않는 공정(간접 생산공정)을 포함한 전반적인 공정에 대해 불법파견임을 인정한 대법원 판결로서 의의가 있고, 그동안 이종업무도급 내지 이종파견으로<sup>6)</sup> 논란이 있었던 2차 협력업체 소속 근로자에 대해서도 근로자를 실제로 사용한 사업주에게 파견법에 따른 사용사업주로서의 책임을 부담하도록 하였다는 점에서 큰 의의가 있다.

### 3. 불법파견의 법적 효과

#### 가. 직접고용간주(고용의제)가 적용되는 경우

① 구 파견법 제6조 제3항의 직접고용간주가 적용되는 경우(2005. 7. 1. 이전 입사자)에는 파견근로를 개시한 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날에 직접 고용된 것으로 간주되므로 피고의 근로자지위에 있다고 할 수 있다. 따라서 대상판결들은 원고들이 근로자지위의 확인을 구할 이익이 있다고 판단하고, 이들에 대해서 피고에 고용된 것으로 간주되는 시점부터 피고 소속 정규직과 동일한 기준에 따라 산정된 임금을 지급할 의무가 있다고 판시하였으며, 구체적인 임금액은 피고 소속 정규직이 받았던 임금에서 원고들이 사내협력업체로부터 받은 임금을 공제한 차액분이다.

② 대상판결은 구 파견법상 직접고용간주 효과 발생 후 사내협력업체에서 근로관계 중단 또는 종료로 근로제공을 계속하지 못한 기간 동안 임금청구가 가능한지 여부에 대한 판단기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.<sup>7)</sup> 대상판결은 직접고용간주 효과가 발생하였음에도 파견사

6) 김기선(2014), 「근로자파견의 특수문제」, 『노동법률』 1월호, 중앙경제, pp.70~73; 김동욱(2014), 「이종파견의 법률관계」, 『노동법률』 12월호, 중앙경제, pp.89~91; 전형배(2014), 「목시적 근로자파견계약관계」, 『노사저널』 11월호, 노사신문사, pp.28~33 참조.

업주와 사이의 근로관계 단절로 인해 사용사업주에 대하여 근로제공을 중단한 기간이 있더라도, 파견근로자의 근로제공 중단이 사용사업주의 책임 있는 사정으로 말미암은 것이라고 볼 수 있는 경우(다만 사용사업주가 현실적으로 파견근로자를 직접 고용하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우를 제외)에 파견근로자로서는 사용사업주를 상대로 「민법」 제538조 제1항에 따라 근로제공 중단 기간 동안 근로제공을 계속하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액을 청구할 수 있다고 하여 이와 다른 결론에 선 원심판결을 파기하였다.

③ 직접고용간주가 적용되는 원고들 중 단체협약에서 정한 정년(만 60세가 되는 해의 말일)이 도래한 원고들은 근로자지위를 '확인할 이익'이 없어 원심을 파기하고 각하되었다(원심 진행 중 정년 도과한 원고들도 마찬가지로 1심을 취소하고 각하하였다). 이는 '확인의 소'의 특성에서 비롯된 것으로 '확인할 이익'이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 이를 제거함에 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정되는데<sup>8)</sup>, 원고들의 정년이 도래하여 근로자지위에 있다는 확인을 구하는 것이 이들의 현존하는 권리 또는 법률상 지위에 대한 불안·위험을 제거하기 위한 가장 유효적절한 수단이라고 볼 수 없게 되었다. 판결에 오랜 시간이 걸리면서 발생한 상황이다.

#### 나. 직접고용의무가 적용되는 경우

대상판결은 2006년 개정 파견법의 직접고용의무 규정의 법적 성격을 판시한 종전 대법원 판결("개정 파견법하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.")<sup>9)</sup> 전제로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있다고 판단한 원심 판단을 수긍하였다. 그 손해액은 파견근로 개시 시점부터 직접고용의무 발생일까지의 손해액[사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근

7) 개정 파견법에 따른 직접고용의무 발생 후 근로제공 중단기간의 손해배상청구의 기준은 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 2016다239031(병합), 2016다239048(병합), 2016다239055(병합), 2016다239062(병합) 판결이 제시하였다.

8) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다1264 판결, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2016다40439 판결 등 참조.

9) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결, 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 2016다239031(병합), 2016다239048(병합), 2016다239055(병합), 2016다239062(병합) 판결.

로자에게 그러한 차별(파견법 제21조 제1항)이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해액과 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지의 손해액(사용사업주에게 직접고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금)이다. [☞](#)

강선희(법학박사)

## 취업규칙 불이익변경의 적법한 동의 절차

- 서울고등법원 2022. 10. 12. 선고 2022나2004418(본소), 2022나2004425(반소) 판결 -

### 【판결 요지】

‘근로자 과반수 동의’라는 요건은 과반수 노동조합이 동의하는 것과 마찬가지로 사용자에 대하여 자주적이고 대등한 지위에서 근로자들의 의사를 충분히 반영할 수 있는 집단 의사가 형성되어 ‘집단적 근로조건 대등 결정의 요청’이 충족되었는지 여부에 따라 결정되어야 한다. 나아가 위와 같은 요건 충족 여부는 근로조건이 불이익하게 변경되는 정도와 그것이 개별 근로자들에게 미치는 영향 및 사용자 측이 제도 변경을 추진하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하여 근로자들이 사용자 측의 영향력이 배제된 상태에서 상호 의견교환이나 토론 등 집단적인 논의를 거쳐 취업규칙 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는가라는 관점에서 평가되어야 한다.

취업규칙은 그 명칭을 불문하고, 근로조건이나 복무 규율 등에 관하여 사용자가 사업 또는 사업장 근로자들에게 공통적으로 적용하기 위하여 설정하는 준칙을 의미한다. 취업규칙은 사업 운영의 효율성을 위하여 근로조건을 통일적으로 설정하기 위하여 정하는 것으로, 이에 대한 작성 권한은 사용자에게 있다. 그러나 취업규칙은 근로자의 근로조건에 직접 영향을 미치는 규범이므로 작성 또는 변경 시 근로자의 의견청취를, 그리고 이전 취업규칙보다 근로자에게 불리하게 변경할 때에는 근로자의 동의를 요건으로 하고 있다.

취업규칙 불이익변경과 관련해서, 판례에서는 주로 동意的 주체, 동意的 방법, 불이익변경 여부의 판단, 그리고 동의 취득 여부의 효과를 둘러싸고 (근로자집단의 동의 없이) 사회통념상 합리성 법리(에 따라 효력이 발생하는 경우) 등이 다루어져 왔다. 대상 판결은 이 중 취업규칙 불이익변경에서의 적법한 동의 절차에 관하여 검토하였는데, 쟁점 사실을 살펴보면 다음과 같다.

원고 회사는 연봉제 사원 취업규칙(이하 ‘변경전 취업규칙’이라 한다)에 의하여 연봉제 직원들에게 연차휴가 이외의 4일의 유급휴가(이하 연중휴가)를 부여하여 왔다 그런데 원고는 2012년 5월경 ‘2012년도 임금조정 공지’를 하면서 ‘연봉제사원의 연중휴가를 폐지하고 연차로 대체하며, 연차축진을 실시하여 미사용 (연차)잔여분을 현금보상’하는 취지의 ‘복리후생/연차수당 변경’ 공지를 하였다. 이후 상당 시간이 지난 2015년 12월 8일 ‘사내계시판’을 통하여 취업규칙 개정 공지를 하면서, “취업규칙 내 미반영된 인사제도 변경사항 반영”으로 해당 사항을 표현하

고,<sup>1)</sup> 취업규칙 불이익변경 등의 절차를 진행하였다. 그리고 동의의 방식은 대상 근로자 449명을 66개 팀별 단위로 분리하여, 4일 동안(2015년 12월 8일부터 2015년 12월 11일까지) 의견을 취합하는 형식으로 진행되었다.

원심 법원은<sup>2)</sup> 2010년 대법원 판결<sup>3)</sup>을 인용하면서, “... 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다. 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다.”라고 하면서, 「근로기준법」 제94조 제1항 단서에서 정한 절차를 거친 것으로 동의를 유효하다고 판단하였다.

반면 이 사건에서 서울고등법원은 동일하게 2010년 대법원 판결을 인용하면서도 “근로자 과반수 동의’라는 요건은 과반수 노동조합이 동의하는 것과 마찬가지로 사용자에게 대하여 자주적이고 대등한 지위에서 근로자들의 의사를 충분히 반영할 수 있는 집단 의사가 형성되어 ‘집단적 근로조건 대등 결정의 요청’이 충족되었는지 여부에 따라 결정되어야 한다. 나아가 위와 같은 요건 충족 여부는 근로조건이 불이익하게 변경되는 정도와 그것이 개별 근로자들에게 미치는 영향 및 사용자 측이 제도 변경을 추진하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하여 근로자들이 사용자 측의 영향력이 배제된 상태에서 상호 의견교환이나 토론 등 집단적인 논의를 거쳐 취업규칙 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는가에 관점에서 평가되어야 한다.”라고 그 법리적 근거를 추가하였다. 즉 집단적 근로조건 대등 결정의 요청에 따른 실질적인 기회가 보장되었는지를 불이익 변경의 적법한 동의 절차의 기준으로 제시한 것이다. 그리고 이에 따라서 ① 근로자 과반수(약 88%)가 찬성란에 서명한 사실은 인정되나 원고가 사내게시판에 취업규칙 개정의 주요내용을 기재하며 정기휴가폐지에 관한 내용을 바로 알 수 있는 문구를 기재하지 않는 등 그 구체적인 내용과 의무가 무엇인지를 주지할 수 있도록 정당한 방법으로 이를 공고·설명하는 절차를 거치지

1) 2015. 12. 8. 사내게시판에 이 사건 공고를 전산으로 게시하였으나, 위 공고에서 기재한 취업규칙 개정의 ‘주요내용’에는 “정년연장 및 임금피크제 내용 반영”, “연봉제 퇴직자 급여 지급방법 변경”, “취업규칙 내 미반영된 인사제도 변경사항 반영”, “징계관련 규정 변경”, “법률 개정사항 반영”이라고만 기재되어 있었을 뿐, 근로자들이 ‘정기휴가 제도 폐지’에 관한 내용이 취업규칙 개정 내용에 포함되어 있다는 점을 바로 알 수 있거나 쉽게 추측할 수 있는 문구는 기재되어 있지 않았다.

2) 서울중앙지방법원 2022. 1. 13. 선고 2020가합582294(본소), 2021가합502998(반소).

3) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결.

않은 점, ② 원고는 동의를 구해야 하는 근로자들의 1.5%에 불과한 팀으로 전체 근로자를 66개로 분리하여 찬반 의견을 취합하였는바 이는 집단적 의사 확인을 위한 의미 있는 최소단위로 기능하기 어렵다는 점, ③ 원고가 영위하는 사업 특성상 출장 등이 빈번함에도 찬반 의견을 취합하는 기간이 4일에 불과하였다는 점 등 개정안에 대한 설명의 내용과 방법, 의견취합을 위해 부여한 시간, 의견 취합의 단위와 방법을 종합하여 고려하면, 원고가 집단적 의사결정방법을 통해 취업규칙 개정의 수용 여부를 결정할 수 있는 실질적인 기회를 부여하였다고 보기 어려우므로 이 사건 취업규칙 개정 중 정기휴가 제도 폐지에 관한 부분은 효력이 없다고 판단하였다.

취업규칙 불이익변경의 동의 방법에 관한 기존의 판례들을 살펴보면, 기구별 또는 단위 부서별 의견 취합의 유효성을 인정하거나(대법원 1994. 9. 23. 선고 94다23180판결<sup>4)</sup>), 사용자의 개입이나 간섭의 범위를 정하는 등(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결) 구체적인 방식의 유효성 판단이 주를 이루었다. 그런데 이러한 구체적인 방식의 판단은 사안에 따라서 차이가 있게 된다. 예컨대 기구별 또는 단위 부서별 의견 취합의 유효성은 인정되지만, 대상 판결에서와 같이 실질적인 의견 교환이 어렵게 만드는 세부 단위로의 의견 취합은 '집단적 의견 취합'이라는 취지와 부합되지 않는다.

대상 판결은 취업규칙 불이익변경 동의를의 적법성은 “... ‘집단적 근로조건 대등 결정의 요청’이 충족되었는지 여부에 따라 결정되어야 하며, 취업규칙 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는가라는 관점에서 평가되어야 한다”는 실질적 기준을 제시하였다는 점에 의의가 있다. 이는 취업규칙 불이익 변경의 적법한 동의 요건을 제시한 2017년 대법원 판결<sup>5)</sup>과 맥락을 같이하는 것으로, 단순히 ‘행태의 유효성’만을 판단하는 것이 아니라 적법성 판단의 기본 원칙을 보강한 것이다. 이후 판례들에도 이러한 법리가 반복적

4) 이 판결에서는 “사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의를 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다”라고 하면서, ‘기구별·부서별 취합방식’이 허용됨을 최초로 명시하였다.

5) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다209129 판결에서는 취업규칙 불이익 변경에 대하여 적법한 동의 요건을 ① 불이익 변경 내용에 대하여 근로자들이 주지할 수 있도록 적당한 방법에 의한 공고 및 설명 절차가 존재, ② 근로자들이 회의를 개최하여 불이익 변경 내용에 대하여 찬반 의견을 교환, ③ 불이익 변경에 대한 집단적 의견이 찬성일 것으로 제시하고 있다. 더 나아가 단위 부서별 회합 방식의 유효성에 관해서도, “근로기준법이 ‘회의 방식’에 의한 근로자 과반수의 동의를 요구하는 이유는 ‘집단 의사의 주체로서 근로자’의 의사를 형성하기 위함임으로, 사용자의 특별한 사정으로 인하여 전체 근로자들의 회합이 어려워 단위 부서별로 회합하는 방식을 택할 수밖에 없는 경우에, 사용자는 부분적 회합을 통한 의견을 취합하더라도 전체 근로자들의 회합이 있었던 것과 마찬가지로 근로자들이 집단 의사를 확인, 형성할 수 있도록 상당한 조치를 취할 의무를 부담한다고 봄이 상당하다”라고 판시하고 있다.

으로 인용되어서, 취업규칙 불이익변경의 적법한 동의 절차에 관한 기본 법리로 확립될지 주목해 볼 필요가 있을 것이다. **KLI**

김근주(한국노동연구원 연구위원)

## 자택에서의 대기시간을 근로시간으로 인정할 수 있는지 여부

- 서울중앙지방법원 2022. 9. 29. 선고 2020가합602440 판결 -

### 【판결 요지】

근로기준법상의 근로시간은 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하는바, 근로자가 작업시간 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘·감독 아래 놓여 있는 시간이라면 이는 근로시간에 포함된다.

원고들로서는 소정근로시간인 평일 9시부터 해외 파견(Dispatch) 팀 담당자의 연락을 기다리면서 대기하고 있다가 어디에 위치한 고객사이든 2시간 이내에 방문을 마칠 수 있도록 준비를 하고 있어야 하므로, 원고들의 평일 9시 이후 자택에서의 대기시간 역시 피고의 실질적인 지휘·감독이 미치는 근로시간에 해당한다고 봄이 타당하다.

원고들은 피고가 고객사에 약속한 장애 신고 시 2시간 이내 방문 서비스 약속을 이행하기 위하여 고객사에 신속히 이동하여야 하므로, 이러한 이동시간 역시 원고들에게 자유로운 이용이 보장된 시간이 아니어서 근로시간에 해당한다고 봄이 타당하다.

원고들은 컴퓨터 하드웨어, 소프트웨어, 데이터 저장장치 등의 개발, 매매, 유통업 등을 영위하는 피고의 SSD Team 직원들로, 피고와 유지보수계약을 체결한 고객사에 설치된 컴퓨터 하드웨어 등 장비에 장애가 발생한 경우 기술지원 업무를 수행하였다. 원고들은 평소 회사에 출근하지 않고 주로 자택에 대기하다가 수리 엔지니어로 지정되면, 피고 전산망 및 모바일 어플리케이션에 해당 엔지니어가 고객사를 방문해야 하는 시각과 작업에 소요되는 예상시간이 기록되고, 원고들은 전산망 및 모바일 어플리케이션을 통해 확인한 일정에 따라 장비를 지참하고 해당 고객사에 직접 방문하여 장애를 해결하고 다시 자택으로 돌아오는 방식으로 업무를 수행하였다.

원고들은 평소 9시부터 18시까지 피고의 지휘·감독하에 대기, 이동, 고객사 방문수리, 피고의 교육 및 회의 참여, 기타 잡무 등 근로를 제공하였고, 평일 18시 이후 및 토요일·일요일·공휴일 등 휴일에도 순번에 따른 당직근무를 서거나 고객사와 미리 일정을 조율한 방문수리를 하는 등 평일 소정근로시간 업무와 동일한 내용의 연장·야간·휴일근로를 제공하였으므로, 평일 18시 이후 및 휴일에 제공한 근로에 대한 연장·야간·휴일근로수당을 청구하는 소를 제기

하였다. 이에 대하여 피고는 실제 수리를 시작한 시각과 마친 시각만이 근로시간에 해당하는데, 원고들은 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하지 않았고, 당직근무는 통상근로와 달리 대부분의 당직시간을 대기하면서 단속적 업무를 수행하였을 뿐이므로 연장·야근·휴일근로수당을 청구할 수 없다고 주장하였다.

대상판결은 고객사가 시스템 장애 신고를 하면 피고의 모회사 해외 파견(Dispatch) 팀 담당자가 수리 엔지니어를 배정하고 있는 점, 피고는 고객사에 유사시 24시간 출동 서비스 및 장애 신고 시 2시간 이내 방문 서비스를 약속하고 있는데, 수리 엔지니어의 전체 일정을 관리하고 인력을 효율적으로 운용하기 위하여 구글캘린더 및 자체 개발한 모바일 어플리케이션에 고객사 방문 시간, 소요 예상시간, 종료시간 등을 입력하도록 하고 이를 토대로 해외 파견 팀 담당자가 인공지능을 통하여 일정이 비어 있는 수리 엔지니어를 추천받고 있는 것으로 보이는 점, 작업건수, 배정 거절건수 및 수리 소요시간은 인사평가의 근거로 삼고 있으며, 배정을 거부하거나 고객사 방문 예정시간보다 늦은 경우 구체적인 소명을 요구하고 있는 점 등을 고려하면, 원고들로서는 평일 9시부터 해외 파견 팀 담당자의 연락을 기다리면서 대기하고 있다가 어디에 위치한 고객사이든 2시간 이내에 방문을 마칠 수 있도록 준비를 하고 있어야 하므로, 평일 9시 이후 자택에서의 대기시간 역시 피고의 실질적인 지휘·감독이 미치는 근로시간에 해당한다고 판단하였다.

또한 대상판결은 피고가 2015년 이후 본사에 원고들과 같은 엔지니어들이 근무할 수 있는 공간을 제공하지 않고 자택을 대기 장소로 지정하고 있으므로 원고들의 자택 역시 근무지에 해당하고, 원고들은 피고가 고객사에 약속한 2시간 이내 방문 서비스 약속을 이행하기 위하여 고객사에 신속히 이동하여야 하므로 이동시간 역시 원고들에게 자유로운 이용이 보장된 시간이 아니어서 근로시간에 해당하고, 교육 이수나 피고 주관 회의에 참여 시간 역시 전부 근로시간으로 인정된다고 판단하였다.

그러나 대상판결은 당직근무 시간에 대해서는 원고들이 6주마다 순번을 정하여 1주일 동안 소정근로시간 이외의 나머지 시간에 자택에서 대기를 하는 방식으로 당직근무를 서게 되는데, 긴급한 경우 고객사에 출동하여 유지·보수업무를 수행하기도 하였으나 출동 요청이 없는 경우 자택에서 수면이나 휴식을 취하고 있었던 점, 원고들이 출동하는 경우 피고 회사 시스템에 고객사 방문시간, 업무수행시간, 업무종료시간 등을 기록하기는 하였으나, 당직근무 시 원고들이 수행한 업무는 통상의 주간업무에 비하여 근무의 밀도나 노동의 강도가 낮다고 보이는 점, 당직근무를 하는 동안 고객사로부터 장애 접수를 받는 건수 및 그로 인하여 출동하는 빈도도 훨씬 더 적었다고 보이는 점, 당직근무 특성상 근로시간과 휴게시간이 명확하게 구분되지 아니하여 정확한 근로시간을 산정하기 어렵고, 피고는 원고들에게 별도의 당직수당을 지급해온 점 등을 고려하면, 원고들이 수행한 당직근무가 통상근로의 연장이라거나 그 내용과 질에 있어서 통

상근로와 마찬가지로 평가될 만한 정도에 이르렀다고 보기는 어렵다고 하여, 당직근무에 대해서는 연장·야간·휴일근로수당을 지급할 의무가 없다고 판단하였다.

대기시간은 근로자가 실제로 근로를 제공하지는 않지만, 완전히 근로자의 자유로운 시간이라고 보기 어려운 측면도 존재한다. 근로기준법은 근로시간과 휴게시간을 규정하고 있을 뿐, 업무와 관련된 제3의 영역에 해당하는 시간을 규율하기 위한 호출대기시간 등의 개념을 별도로 인정하고 있지 않는다. 따라서 대기시간은 근로시간 또는 휴게시간 중 어느 하나에 해당하게 된다. 「근로기준법」 제50조 제3항은 “작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다.”고 규정하고 있다. 통상 대기시간이 근로시간인지 여부는 사용자의 지휘명령권이 완전히 배제되어 근로자의 자유로운 이용이 가능한 시간인지 여부에 따라 판단해야 하는 것으로 본다.<sup>1)</sup>

대법원은 휴식시간이나 수면시간이 근로시간에 해당하는지 휴게시간에 해당하는지 여부는 “근로계약에서 정한 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니다. 이는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다.”고<sup>2)</sup> 하여 대기시간에 대한 판단 기준을 제시하고 있다. 이에 따라 대법원은 아파트 경비원의 야간 휴게시간이 휴식 발생할 수 있는 긴급상황에 대비하는 대기시간으로 볼 수 있고, 관리소장을 통해 야간휴게시간 등에 관한 실질적인 지휘·감독을 하였다고 볼 수 있다면 근로시간에 해당한다고 하거나,<sup>3)</sup> 버스기사가 다음 운행 전까지 대기하는 시간의 대부분은 자유롭게 활용할 수 있었고, 다음 출발시간이 배차표에 미리 정해져 있었으므로 대기시간이 다소 불규칙하였다고 하더라도 대기시간 전부가 근로시간에 해당한다고 볼 수 없다고 하는 등<sup>4)</sup> 구체적인 사안에 따라 대기시간이 근로시간인지 여부를 판단하고 있다.

대상판결이 원고들이 평일 9시부터 18시까지의 대기시간 동안 고객사에 2시간 이내에 방문을 마칠 수 있도록 준비를 하고 있어야 하고, 피고가 엔지니어의 일정 등을 관리하고 있다는 점 등을 고려하여 대기시간 등을 근로시간에 해당한다고 판단한 것은, 대법원이 제시한 판단 기준에 따른 것으로 타당한 판단으로 보인다.

- 1) 김유성(2016), 『노동법 I - 개별적 근로관계법』, 법문사, p.138; 김형배(2018), 『노동법』 제26판, 박영사, p.424; 임종률(2021), 『노동법』 제19판, 박영사, pp.461~462.
- 2) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2014다74254 판결.
- 3) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결.
- 4) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2013다28926 판결.

대상판결에서 주목할 만한 부분은 원고들의 대기장소가 자택이라고 하더라도 대기시간이 근로시간에 해당한다고 판단한 점이다. 원고들과 같이 호출이 있을 때까지 대기하다가 업무를 수행하는 형태의 근로자들은 대기 장소가 중요한 의미를 가지지 않을 수 있다. 이 경우 사업장 밖에서 대기하는 시간도 사업장에서 대기하는 시간과 본질적인 차이가 없고, 자택에서 대기하는 것이 가능한 경우라면 자택에서의 대기시간 역시 달리 볼 이유는 없다.

한편 대상판결은 당직근무 시간이 근로시간이 아니라고 판단하였는데, 그러한 판단의 근거는 당직근무의 업무는 노동 강도가 낮고, 출동이 없는 경우 자택에서 휴식을 취하였으며, 당직근무 특성상 정확한 근로시간 산정이 어렵고 별도의 당직수당이 지급된 점 등이다. 그런데 피고가 고객사에 24시간 출동 서비스 및 2시간 이내 방문 서비스를 약속하고 있고, 배정 거절이나 방문 지연 등이 발생하면 엔지니어들에게 불이익이 발생할 수 있다는 점을 고려하면, 원고들에게 당직근무 시간 동안 피고의 지휘·감독에서 벗어나 자유로운 휴식·수면시간의 이용이 보장되었다고 볼 수 있을지 의문이다.

원고들은 당직근무 시간 동안 언제 있을지 모르는 고객사의 신고에 대비하여 2시간 이내에 출동할 수 있는 준비를 하고 있어야 하므로, 설사 당직근무 시간 동안 고객사의 장애접수 건수나 출동 빈도가 적었다고 하더라도 원고들이 그 시간을 자유롭게 활용하였다고 보기 어렵다. 또한 정확한 근로시간 산정이 어렵다거나 당직수당이 지급되었는지 여부는 당직근무 시간이 근로시간인지 여부를 판단하는 근거가 되기 어렵다. 당직근무 동안 대기한 시간에 사용자의 지휘·감독을 인정할 수 있다면 그 부분은 근로시간으로 인정하여야 하고, 당직수당을 초과하는 연장·야간·휴일근로수당이 발생하였다면 이를 지급해야 하는 것이다.

당직근무 시간이 근로시간인지 여부는 구체적인 사실관계에 따라 판단이 달라질 수 있는 부분이지만, 이에 대한 대상판결의 판단은 그 타당성에 의문이 들게 한다. 이에 대해서 항소심은 어떤 판단을 할 것인지에 대해서도 주목할 필요가 있을 것이다. **KLI**

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)