

재택근무제 도입

I. 문제의 소재

2020년 6월 8일 현재, 한국에서 코로나바이러스 확진자가 12,000명에 육박하고 있고, 사망자도 270명을 넘어서고 있다. 이처럼 전염병은 전 세계적으로 확산되고 있고, 더구나 장기화 조짐마저 보이고 있다. 이러한 비상상황에서 많은 기업들은 재택근무제를 도입하여 근로자를 보호하고 사업 수행을 계속하려 노력하고 있다. 이 경우 비대면에 업무를 계속 할 수 있다는 장점도 있지만 다른 한편으로는 사전에 충분한 준비없이 갑작스럽게 도입으로 업무효율성이 저하되는 등의 부작용도 가져오고 있다.

재택근무를 통하여 업무의 효율을 높이기 위해서는 (i)재택근무 도입의 필요성을 우선적으로 고민해 보고, (ii)관련 업무환경을 구비하고, (iii)마지막으로 재택근무의 효율적인 관리감독이 이루어져야 한다. 다시 말해 재택근무는 적합한 업무분야에 도입되어야 하고, 재택업무를 수행하기 위한 IT 업무 환경이 갖추어져 있어야 한다. 또한 재택근무자의 근로조건을 유지하고 관리하기 위한 근로기준법 적용을 명확히 하여야 한다. 그래야만 업무를 안정적으로 모니터링 하고, 업무상 보안 문제 등을 사전에 예방할 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 재택근무에 대해 살펴보고, 일회성이 아닌 지속적 재택근무가 가능한 방안에도 대해서도 구체적으로 살펴보고자 한다.¹⁾

II. 재택근무제의 적합한 업무와 업무환경 구비요건

1. 재택근무의 의미

재택근무란 정보통신기술을 활용하여 “자택”에 업무공간을 마련하고, 업무에 필요한 시설과 장비를 구축한 환경에서 근무하는 유연한 근무 형태이다. 재택근무는 대부분의 근무를 재택으로 하는 상시형 재택근무와 일주일 중 일부만을 재택근무를 하는 수시형 재택근무로 구분할 수 있다. 수시형 재택근무는 근무일 중 일부는 재택근무, 일부는 사무실에서 근무하는 형태로 실시할 수 있다. 예를들면, 주 5일 중 월요일과 화요일에는 재택근무를 하고, 나머지 수요일에서 금요일 사무실에서 근무하는 방식이다.

2. 재택근무제에 적합한 업무

재택근무는 독립적이면서도 개별적인 업무수행이 가능하거나, 고객과의 대면접촉이 거의 없는 직무, 특정한 장소에서 이루어지지 않아도 되는 직무 등에 적합하다. 특히, 프로그램 및 게임개발, 웹 디자인, 도서출판, 원격교육, 금융 및 보험마케팅 등의 업종이나, 민원 상담, 기획 및 행정처리 업무, 전산 업무 등의 분야에 도입이 용이하다.

1) 참고자료: 고용노동부, “체계적인 유연근무제 도입·운영을 위한 매뉴얼, 2017, 12; 고용노동부, “유연근로제 우리 기업은 어떻게 운영할까요”, 2016. 11; 고용노동부 행정해석(근기 68201-4085, 2000.12.29): “재택근로자에 대한 근로기준법 적용기준”; 고용노동부, “유연근로시간제 가이드”, 2019.8; 이승길, “재택근로자의 노동법적 지위”, 노동법률, 2001년 8월호, vol.123.

(1) 근무가능 업무

- 1) 고객과의 대면접촉이 거의 없는 업무
- 2) 결재·보고가 적은 독립성이 강한 업무, 기관 간 업무협조가 적어 조직운영의 독립성이 높은 업무
- 3) 업무실적 평가의 계량화가 쉬운 업무
- 4) 승인권자가 업무특성 및 부서 근무여건을 고려하여 정한 업무

(2) 근무허가가 불가능한 경우

- 1) 해당업무의 보안대책이 미흡하여 재택근무를 수행하는 경우 심각한 보안위험이 예상되는 경우
- 2) 안전점검, 장비점검, 사고처리 등 해당업무의 수행을 위하여 반드시 특정의 장소에 항상 위치하여야 하거나 재택근무를 수행하는 경우 현저히 그 위험성이 증가하는 경우
- 3) 민원사무의 접수 및 처리 등을 위하여 특정의 장소에서 항상 업무를 수행하여야 하는 경우
- 4) 그 밖에 사업(행정)목적의 달성을 것에 심각한 지장이 발생할 수 있는 경우

3. 재택근무 업무환경의 구비요건

재택근무자가 사무실에서 업무를 수행할 때와 동일하게 업무를 수행하기 위해서는 재택근무지에 근무환경 및 업무시설(좌석, PC 등)을 구축하는 것이 필요하다.

(1) 업무수행 공간 확보

재택근무는 가족이나 친지 등과의 접촉으로 업무수행에 차질을 야기할 수 있으므로 재택근로자로 하여금 업무수행을 위한 독립된 전용공간을 확보하도록 한다.

(2) IT 인프라 구축

회사는 자택에서 업무를 수행하는 데 필요한 기본적인 IT 기기 및 네트워크를 제공한다. 컴퓨터 및 부속장비, 복합기, 통신장비, 화상회의를 위한 개인용 웹 카메라 등 업무 속성에 따라 관련 장비를 지원한다. 사무실 시스템에 접속하거나 업무를 수행할 때 필요한 솔루션(전자결재, 메신저, 파일공유, 프로젝트 관리 솔루션 등)도 제공한다.

(3) 비용부담

재택근무와 관련된 통신비, 정보통신기기 비용, 소모성 비품 등은 사용자가 부담하는 것으로 하는 것이 일반적이다.

(4) 보안대책

재택근무는 일반 가정에서 업무를 수행하기 때문에 정보보안 등을 위한 대책을 마련해야 한다. 예를 들어, (i)가정에서 사무실 시스템 접속 시 발생할 수 있는 보안 위협에 대해 해결방안을 마련하고 관련 기술을 개발, (ii)단말기에 기록을 남기지 않는 클라우드 방식의 컴퓨터 도입, (iii)재택근무자의 다른 가족 구성원이 정보 보호 관련 데이터 등에 접근하지 못하도록 할 것, (iv)폐기문서의 안전한 처리, (v)재택 사무공간 및 컴퓨터 잠그기 등이 있다.

III. 재택근로제 도입 방법

재택근무제의 도입을 하기 위해서는 (i)근로자대표와 서면합의, (ii)개별 근로자와 근로계약서 작성 (iii)취업규칙의 변경 절차가 필요하다. 일부 조건을 변경할 경우에도 위의 3가지 절차를 거쳐야 한다. 다만, 특정 근로자에 대한 재택근무의 경우, 혹은 간헐적으로 이루어지는 재택근무의 경우에는 해당 근로자의 동의만으로도 제도의 도입이 가능하다.

1. 근로자대표와 서면합의 내용

근로기준법(제58조 제2항)에서는 재택근무처럼 사업장 밖에서 근무가 이루어질 경우 근로시간을 근로자대표와의 서면합의로 정할 수 있는 규정을 두고 있다. 다만, 업무수행에 기본적으로 필요한 시간을 서면합의를 통해 정할 수 있도록 하고 있을 뿐, 나머지 서면합의에 꼭 포함되어야 하는 내용에 대해서는 달리 규정하고 있지 않으므로 재택근무제 도입 운영에 따른 근로시간을 서면합의에서 정할 경우, 업무수행에 필요한 평균 근로시간 이외의 근무장소, 적용 대상자 등에 대한 내용을 기본적으로 포함시킬 수 있을 것이다.

2. 근로계약서의 작성 및 변경

- (1) 근무장소와 근로시간에 대한 내용은 법적으로 근로계약서에 명시해야 할 사항이기 때문에 제도 도입에 따라 변경된 근무장소 내지 근로시간의 내용을 반영하여 근로계약서를 작성 또는 변경해야 한다(재택근무 상시형).
- (2) 사업장을 주된 근무장소로 하면서 일정 빈도 및 시간을 재택근무 방식으로 근무하는 수시형의 경우에는 주 근무장소와 함께 일정 빈도 및 시간을 주된 근무장소 외의 장소에서 근무할 수 있다는 내용을 근로계약서에 함께 명시하여야 한다. 다만, 원격근무와 마찬가지로 근무장소·근로시간·주휴일 등 통상적인 근로조건에 대해서는 취업규칙이나 단체협약 등에 따른다고 규정하는 경우가 일반적이다. 이 경우에 근로계약서에 명시되어 있지 않은 사항이라도 취업규칙에 명시되어 있고 이를 해당 근로자에게 주지시키면 명시 의무를 이행한 것으로 인정된다.²⁾

3. 취업규칙 변경

재택근무제 도입 시 기존 취업규칙을 변경할 필요가 있는지 검토하고 변경이 필요한 항목이 있다면 선별하여 기존의 취업규칙에 반영한다.

- (1) **취업규칙의 변경이 없는 경우:** 재택근무를 하는 근로자와 통상근로자를 비교하여 근무장소 외의 다른 근로조건에 변경이 없는 경우에는 재택근무를 하고자 하는 근로자의 개별적 동의를 받아 실시하는 것으로 가능하며, 반드시 취업규칙을 변경할 필요는 없다.
- (2) **취업규칙을 변경해야 하는 경우:** 사용자가 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체를 대상으로 일괄적으로 재택근무를 시행하는 경우에는 취업규칙을 변경해야 한다.

2) 노동부 행정해석: 근로기준법-5809, 2007.8.7.

위업작성 규정 예시: 제00소 재택근무

- ① 회사는 근로시간의 전부 또는 일부를 자택 등에서 근로를 희망하는 근로자에 대하여 재택근무제를 도입할 수 있다.
- ② 재택근무제를 실시하는 근로자의 근로시간은 1일 8시간을 근로한 것으로 본다. 다만 수행업무에 따라 근로시간을 별도로 정할 수 있으며, 근로자대표와 서면 합의로 근로시간을 정한 경우에는 이에 따른다.
- ③ 재택근무자가 연장, 야간, 휴일근로를 하고자 하는 경우에는 사전에 부서장의 승인을 받아야 하며, 이때에는 통상임금의 50%를 가산하여 지급한다.
- ④ 업무회의, 업무지시, 업무수행평가, 교육, 행사 등의 사유로 인하여 회사의 출근 요청이 있는 경우에는 이에 따라야 하며, 월 정기 출근일이 정해져 있는 경우 이를 준수하여야 한다.

IV. 근로기준법의 적용

1. 근태관리

재택근무에 종사하는 근로자도 근로기준법상의 근로시간 및 휴식에 관한 규정이 적용된다. 다만, 재택근무는 그 성질상 근로자의 근무시간대와 일상생활 시간대가 혼재되지 않을 수 없는 근로형태이며 “자택”에서 근로가 이루어지기 때문에 사생활의 침해없이 근로자가 소정근로시간동안 성실히 업무에 전념하였는가를 관리·감독하는 것은 어렵다. 결국 소정근로시간 동안의 근로제공의무나 직무 전념 의무의 이행여부는 근로자에게 맡겨질 수 밖에 없고, 정보통신기기를 통한 온라인 출퇴근기록 등으로 재택근무자의 근로시간을 관리하는 것은 가능하다.

규정 예시: 재택근무제 업무규정

- ① 재택근로제를 승인 받은 직원은 출·퇴근시간 등 근태관리에 철저를 기해야 하며, 승인권자는 필요한 경우 전화 또는 방문을 통해 근무상황을 확인할 수 있다.
- ② 직원은 업무수행 중 개인적인 사정을 이유로 임의로 근무장소를 무단이탈 할 수 없으며, 자택 또는 신청한 스마트워크센터 이외의 장소에서 근무가 필요한 경우에는 사전에 승인권자의 승인을 받아야 한다. 다만, 관리자의 사전승인을 얻는 것이 곤란한 경우에는 근무지 변경 후 즉시 관리자에게 보고하여 사후승인을 받아야 한다.
- ③ 재택근무 수행 중 긴급상황 발생 시 승인권자에게 이를 즉시 보고하고 적절한 지시를 받아 대처하여야 한다.
- ④ 재택근무 직원은 업무 계획 및 실적을 온라인으로 주 1회 이상 승인권자에게 서면보고 하여야 한다.

2. 근로시간, 연장근로수당, 야간근로수당

재택근무제 도입 시 반드시 해당 근로자에 대한 소정근로시간 또는 업무 수행에 통상 필요한 시간, 그리고 노사합의로 정한 근로시간의 범위에 따라 연장근로수당이나 야간근로수당, 휴일근로수당에 대한 발생여부가 달라지게 된다.

사용자의 지시에 따라 특정업무를 수행하는데 필요한 시간이 연장·야간·휴일근로를 발생시킬 경우 원칙적으로 그에 대한 연장근로, 야간근로수당을 지급해야 한다. 다만, 전술한 바와 같이 재택근무제도 특성상 명확한 근로시간 산정이 어려우므로 근로자가 연장·야간·휴일근로를 사전에 신청하여 사용자의 허가를 받도록 하는 유사한 절차를 마련하는 것이 바람직하다.

3. 재택근무자의 휴가와 휴식 시간

취업규칙에서 재택근로에 종사하는 통상 근로자들에 대한 휴가 및 휴식에 관해서 별도의 규정을 두고 있지 않는 경우에는 통상적 근로에 종사하는 근로자들의 근로조건이 그대로 적용된다. 이와 관련하여 사용자는 근로시간과 비근로시간(예컨대 휴가나 병가 등으로 인하여 근로하지 못하는 시간)에 관한 사항을 사전에 약정해 두는 것이 바람직하다.

4. 직무교육과 의무교육

원격이나 재택근무를 하는 근로자는 OJT(On the Job Training)에 의한 교육기회를 얻기 어려운 측면이 있으므로 능력개발 등에서 다른 동료근로자들에 비하여 뒤쳐질 수 있다는 불안감을 갖지 않도록 조치를 취하는 것이 바람직하다. 따라서 통상근로자와는 별도의 사내교육이나 연수제도, 법정 교육을 위한 프로그램 등을 운영하는 경우에는 이를 취업규칙에 반영하여야 한다. 특히, 법정교육인 안전·보건교육(산업안전보건법 제29조), 성희롱 예방교육(남녀고용평등법 제13조), 개인정보 보호교육(개인정보 보호법 제28조) 등은 사업장 근로자와 차등적으로 적용되어서는 안되기 때문에 그에 대한 방안을 마련하는 것이 좋다.

5. 안전보건 기준

업무의 특성에 따라 산업안전보건법상 안전보건기준에 해당하는 경우에는 이를 준수하여야 한다. 재택근무 중에 해당업무가 원인이 되어 발생한 재해는 업무상 재해로 산업재해보상보험법상 보험 급여의 대상이 된다. 다만, 근로자의 사적 행위를 원인으로 하여 발생한 재해는 업무상 재해로 인정되지 않는다.³⁾

6. 성과평가

재택근무(상시형)의 경우 근로자가 사무실에 출근하지 않기 때문에 성과평가 등을 걱정하는 일이 없도록 별도의 성과평가 및 인사관리 제도를 구축하는 것이 바람직하다. 재택근무를 제공하는 회사가 가장 어렵게 느끼는 점은 재택근무의 효율성이다. 따라서 (i) 회사는 보이는 결과에 의해 재택근무자의 결과물을 측정하고, (ii) 재택근무자의 업무의 질을 관리하며, (iii) 필요시 재택근무자에 대해 수행

³⁾ Labor Ministry Guideline: medical care 0509-90, February 14, 1996

평가를 시행하고, 요약 결과나 진행과정 등에 대해 보고하도록 하는 것이 좋다.

V. 맺음말

재택근로제를 도입하여 업무의 효율을 높이고 근로자의 사기를 진작시키기 위해서는 재택근로에 적합한 업무의 발굴과 업무환경을 구비하여야 한다. 이와 함께 근로자들의 업무와 사생활 영역을 명확히 하여 지속적 재택근무가 가능하도록 관리하는 것이 중요하다. 따라서 1주일 전일을 재택근무 하기 보다는 수시형 재택근무제를 도입하여 어느 정도 재택근무의 가능성을 확인후에 상시형 재택근무제를 도입하는 것이 바람직할 것이라 하겠다.

노조간부의 조합활동이 업무인지 여부

I. 문제의 소재

노조간부의 조합활동시간이 업무시간에 해당하는지 여부에 따라 산재인정을 받을 수 있는 사건이 있어 이를 소개하고 여부에 대해 법령, 지침, 판례 등을 살펴보고자 한다.

1. 사건의 경위

2018년 1월 24일 49세의 서울고속철도사무소 기관사(이하 “재해자”)는 노동조합 간부 워크숍에 갔다 와서 집에서 휴식을 취하던 당일 23시경 심장마비로 사망하였다. 유족은 근로복지공단에 업무상 과로사라고 주장하며 유족급여를 신청하였으나 부지급판정을 받았다. 과로사 판단 기준에 있어 고용노동부는 근로시간을 기준으로 하고 있고, 보통 12주 평균 1주에 52시간을 근무해야 과로가 있었다고 판단하고 있다.⁴⁾ 이 사건 일반 기관사들은 교번근무에 따라 4주 평균 18일을 근무하고, 1주 평균 36시간을 근무한다.⁵⁾ 재해자는 재해발생일 기준 4주 동안 23일을 근무하여 5일 추가 4주 평균 1주에 46시간을 근무하였다. 재해자가 더 많이 근무한 이유는 평창올림픽을 위해 경강선이 신설되면서 해당 소속 기관사 10% 이상을 파견 보냈고 그로 인해 추가 근무가 요구되었기 때문이다.

특히 재해자는 본인의 정규근로시간 외에도 서울고속철도 노조지부의 부지부장과 산업안전(산안)부장 직책을 맡고 있었다. 조합활동을 업무시간으로 인정받지 못한 시간은 다음과 같다. (i) 피해자가 사고발생일 전날 1박 2일로 진행된 지부 간부 워크숍에 참석한 시간(16시간), (ii) 사망발생일에 노조측의 교번근무표 작성 담당자로서 업무를 수행한 시간(월 평균 8시간), (iii) 사망 1시간 전에

4) ‘뇌혈관 질병 또는 심장 질병’ (고용노동부 고시 제2017-117호, 2017.12.29)

5) 교번근무는 6일 단위로 업무가 배정된다. 주간-주간-야간-야간후퇴근-휴일-휴일로 구성한다. 근무일을 8시간으로 계산할 경우, 4주 18일을 근무하며, 1주 평균 36시간을 근무한다.

노조지부 산안부장으로 전날 고속철도가 지체운행된 사건에 대해 회사 담당자와 업무 협의를 한 시간(1시간). 즉, 근로복지공단은 재해자의 '정규 근로시간'으로만 과로사를 판단하였고, 전술한 노조간부의 조합활동을 업무 시간으로 인정하지 않아 결국 본 사안의 산업재해보상보험법(산재법)상 '업무상 재해'에 해당되지 않는다고 판단하였다.

2. 사실관계⁶⁾

- 재해자는 1990년 12월11일 입사하여 2018년 1월 24일 심장마비로 사망할 때까지 고속철도 기관사로 교번근무표에 따라 기관차를 운행하였다.
- 재해자가 소속된 서울고속철도사무소 노동조합 지부는 기관사 230명의 조합원으로 구성되어 있으며, 재해자는 노조 부지부장과 산안부장 간부직책을 수행하였다.
- 서울 고속철도 사무소는 2018년 1월 평창올림픽 경기를 위해 최근에 개통된 경강선 고속철도 운영을 지원하기 위해 소속 기관사 27명을 파견하였고, 이로 인해 재해자는 사망 전 4주간 추가로 5일 간의 근로를 더 하였다.
- 재해자는 소속 조합원 230명의 교번근무표를 작성하는 담당자로 매 월 단위로 사측 운행담당자와 교번근무표를 조정하여 확정하였다. 2018년 2월 교번근무표는 설날 특별운송 기간이라 작성하는데 어려움이 많았다.
- 노동조합 지부는 조합 간부 워크숍을 2018년 1월 23일부터 1월 24일까지 1박 2일로 대천 콘도에서 개최하였다. 조합간부 워크숍은 규약에 따라 연 2회 정기적으로 개최되고 있으며, 사전에 단체협약 통보의무에 의거하여 회사 노조담당자에게 통보되었다. 본 워크숍은 회사로부터 전혀 비용지원 없이 100% 조합비로만 진행되었다.

II. 과로사의 판단기준과 조합활동

1. 과로사의 판단기준

과로사는 업무상 과로로 사망하는 질병으로 산업재해보상보험법에서는 업무와 질병이 상당한 인과관계가 있다고 인정되는 경우에 한해 산업재해로 인정하고 있다. 즉, 산재법은 업무상 질병으로 과로로 발생할 수 있는 뇌혈관 질병 또는 심장 질병을 규정하고 있다(제34조 제3항). 과로사 사건에 있어 업무상 재해로 인정받기 위해서는 업무와 재해 간 상당한 인과관계가 있어야 한다. 따라서 인과관계를 입증하기 위해서는 업무수행성과 업무기인성이 동시에 있어야 하고, 업무수행성이 있는 경우에는 업무기인성은 추정될 수 있다. 그러나 업무수행성이 없이 업무기인성을 인정받기 위해서는 재해자가 재해와 업무와 사이에 상당한 인과관계가 있다는 사실을 입증해야 한다. 그 입증책임은 근로자에게 있고 입증을 하지 못하면 산재로 인정받지 못한다.⁷⁾

산재법에서는 업무에 해당되기 위해서는 업무와 재해사이에 상당한 인과관계가 있어야 하며, 그 종류로 업무상 사고, 업무상 질병, 출퇴근 재해에 대해서도 열거하고 있다(제37조 제1항). 업무상

⁶⁾ 참조: 서울고속철도사무소와 서울고속철도사무소 노동조합 지부 사실확인 조회서

⁷⁾ 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해」(III), 박영사, 2020, 607면; 이희자, "과로사의 업무상 재해인정기준", 노동법률, 2007년 2월호.

사고의 경우에는 (i) 근로시간 내에 업무수행 중에 일어난 사고, (ii) 사업주의 시설물의 결함으로 발생한 사고, (iii) 사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고, (iv) 휴게시간 중 사업주의 지배 관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고를 말한다. 여기서 주목해야 할 점은 사업주가 주관하거나 지시에 따라 발생한 행사 중의 사고나 사업주의 지배 관리하에 있었던 행위에 대해서도 업무로 보았다. 업무상 질병의 경우에도 같은 기준으로 볼 수 있다.

2. 조합활동이 업무시간에 해당하는지 판단기준

산재법에는 조합활동 중 발생한 사고 및 질병이 '업무상 재해'에 해당되는지에 대하여 구체적으로 명시된 바가 없다. 다만, 판례에서 노조전임자나 조합간부는 단체협약이나 사용자가 승인한 활동에 한해서는 업무상 질병 기준을 적용하여 업무로 인정해준 사례가 다수 있다. 또한 법원은 조합활동을 업무상 재해에 해당하는지 판단과 관련하여 기존의 업무상 사고의 판단기준을 확대하고 있는 경향이다.⁸⁾

판례에서 인정한 노동조합의 전임자 또는 간부의 업무상 재해 인정 기준은 다음과 같다. 첫째, 유급 전임자의 조합활동이나 조합간부가 회사로부터 유급으로 인정받은 활동시간이다. 둘째, 노동조합 업무는 회사의 노무관리업무와 밀접한 관련을 가지는 것으로서 사용자가 본래의 업무 대신에 이를 담당하도록 하는 것으로 보고 있다. 셋째, 전임자가 근무시간 외에도 업무와 관련된 조합활동을 하다가 발생한 재해 까지도 인정된다.

한편, 전임자나 조합간부의 조합활동을 근로시간에 해당되지 않는다고 판단한 사례는 다음과 같다. 첫째, 당해 회사의 업무와 무관한 상급단체의 활동이나 불법적인 노동조합 활동. 둘째, 노동쟁의 상태가 된 후부터 단체협약 체결 전까지 회사와 대립적인 노사관계에 있는 기간. 셋째, 전임자나 조합간부가 업무시간 외에 사용자의 노무관리 업무와 구체적인 관련성이 없는 활동이 이에 해당된다.

(1) 사용자가 승인한 조합활동인지 여부

노동조합 전임자의 업무는 근로계약상 본래 담당할 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하게 된 것이 단체협약 혹은 사용자인 회사의 승낙에 의한 것이다. 이러한 전임자가 담당하는 노동조합업무는 회사의 노무관리업무와 밀접한 관련을 가지는 것으로서 사용자가 본래의 업무 대신에 이를 담당하도록 하는 것이어서 그 자체를 회사의 업무로 볼 수 있다. 따라서 그 전임자가 노동조합업무를 수행하거나 이에 수반하는 통상적인 활동을 하는 과정에서 그 업무에 기인하여 발생한 재해는 업무상 재해에 해당한다.⁹⁾

(2) 사용자가 승인한 조합간부 유급시간 조합활동

노동조합업무 전임자가 아닌 노동조합 간부가 사용자인 회사의 승낙에 의하여 노동조합업무를 수행하거나 이에 수반하는 통상적인 활동을 하는 과정에서 그 업무에 기인하여 발생한 재해의 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다.¹⁰⁾

8) 임종률, 「노동법」 제17판, 2019년, 497면

9) 대법원 1994.2.22 선고 92누14502; 대법원 1998.12.8. 선고 98두14006판결; 대법원 2007.3.29. 선고 2005두 11418 판결; 대법원 2014.5.29 선고 2014두35232 판결

(3) 사용자의 노무관리와 관련있는 조합활동

사용자가 원만하고 안정된 노사관계를 형성하기 위한 필요에서 노조간부에게 근로자의 지위는 여전히 보유한 채 근로계약상의 본래 업무 대신 노동조합의 업무를 담당하도록 승낙한 것이 전임자 제도이다. 이러한 전임자 제도의 법적 취지를 고려해 보았을 때 노조전임자가 노동조합의 업무를 수행하던 중 입은 재해를 산재법상 업무상 재해로 볼 수 있으려면, 노조전임자가 수행하던 노동조합의 업무가 사용자의 노무관리업무와 직접적이고 구체적으로 밀접한 관련성이 있어야 한다.¹¹⁾

(4) 조합활동이 업무로 인정되지 않은 경우

다음의 조합활동의 경우 업무시간으로 판단하지 않았다. ①그 업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이나 ②불법적인 조합활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 활동 등이다.¹²⁾

III. 조합활동과 업무상 재해 인정 여부와 관련된 사례

1. 노동조합 활동을 업무상 재해로 인정한 사례

(1) 노조간부가 유급으로 인정받은 조합활동을 하다가 발생한 재해

“금호타이어 노동조합 대의원이 회사로부터 유급으로 회의에 참석하였다. 그 대의원이 보고자료를 가지러 가기 위해 계단을 내려가다가 발을 헛디뎌서 다리에 골절을 입게 되어 산재신청을 한 사건에서, 대법원은 산재로 인정하였다. 그 사유로 해당 조합간부는 유급으로 회의에 참석하였고, 회의 장소도 회사가 제공하였다. 그 회의 내용도 노동조합의 일상적인 조합활동으로 회사의 노무관리 업무와 밀접한 관련이 있는 회사의 업무로 보았다.”¹³⁾ 이는 비전임 조합간부가 유급승인을 받아 근무시간 동안 조합활동을 하다가 발생한 사고에 대해 업무상 재해로 인정한 사례이다.

(2) 노조 수련회에 참석하였다가 복귀하던 전임자의 급성 심근경색증

“전임자는 단체협약 종료 후 후속조치로 시행된 수련회에 참석하였다. 전임자는 수련회에 참석하였다가 복귀하던 중 급성 심근경색증이 발병한 것으로, 일련의 과정이 전임자로서 활동과 수련회 참가를 회사의 업무로 보았다.”¹⁴⁾ 유급 전임자가 조합원 수련회에 참석하고 복귀하던 중에 발생한 급성 심근경색증 사망을 업무상 재해로 보았다.

(3) 노조전임자가 결의대회에 사용된 현수막을 철거하던 중 발생한 사고

“단체교섭에 앞서 조합원 결의대회를 위하여 설치한 현수막을 철거하고 내려오다가 나무합판을

10) 대법원 2014.5.29 선고 2014두35232 판결

11) 대법원 2015.7.14 선고 2005두5246 판결

12) 대법원 2007.3.29. 선고 2005두11418 판결; 대법원 2014.5.29 선고 2014두35232 판결

13) 대법원 2014.5.29 선고 2014두35232 판결

14) 울산지방법원 2006.8.2 선고 2006구합846 판결

밟는 순간 나무합판이 빠지면서 약 6.5m 아래 바닥으로 추락하여 재해를 입었다. 이 사건은 단체 교섭을 앞두고 소속 조합원들의 단결력을 과시하기 위해 근무시간 종료 후인 18:00부터 21:00까지 사이에 일부 조합원들이 참가한 가운데 열렸으며, 사전에 회사측에 그 개최사실을 알리고 회사내 실내체육관 시설을 사용하는 것을 허가 받았다.”¹⁵⁾ 근로시간 외에 발생한 사고이지만, 회사가 인정한 조합활동의 부수적 업무를 처리하다가 발생한 사고로 업무상 재해로 인정받았다.

(4) 전임자가 산업별 노조가 개최한 수련회 체육행사 도중 발생한 사고

“산업별 노동조합은 기업별 노동조합과 마찬가지로, 동종 산업에 종사하는 근로자들이 직접 가입하고 원칙적으로 소속 단위사업장인 개별 기업에서 단체교섭, 조정신청 및 쟁의권 등을 갖는 단일 조직의 노동조합이다. 이러한 산업별 노조의 노동조합 업무를 사용자의 사업과 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동으로 볼 수는 없다.”¹⁶⁾ 당해 조합원들이 산업별 노동조합에 직접 가입하였기 때문에 사실상 산업별 노동조합 활동은 당해 사업장의 근로조건 개선을 위한 활동으로 보았다.

2. 노동조합 활동을 업무상 재해로 불인정한 사례

(1) 전임자가 근무시간 종료 후 개최된 노조 체육대회 경기 도중 부상당한 경우

“노동조합의 전임자인 근로자가 사측과의 임금협상을 앞두고 노동조합 간부들의 단결과시를 위하여 노동조합이 (근무시간 종료 후) 개최한 체육대회에 참가하여 경기 도중 부상을 당한 사례이다.”¹⁷⁾ 사용자의 관리감독을 벗어난 근무시간 이후의 개별적인 조합활동을 업무상 재해로 인정하지 않은 사례다.

(2) 노사간의 분쟁 상태에 있는 상태에서 발생한 전임자의 재해

“이 재해를 당할 즈음에 회사와 노동조합은 수차례에 걸친 임금협상에도 불구하고 그 타협점을 찾지 못한 상태에서 관계기관에 쟁의조정절차를 거쳐 쟁의행위신고를 한 노동쟁의 상태로 노사간에 대립관계에 있었다.”¹⁸⁾ 전임자의 사고가 노조와 회사가 분쟁상태에서 발생한 재해이므로 산재로 인정하지 않은 사례이다.

(3) 전임자가 상급단체노조의 축구경기 중 부상한 사건

“전임자는 상급단체노조의 체육대회에 당해 노조의 대표자로서 참가하였다. 회사는 원고에게 이 사건 체육대회에 참가하도록 승낙하거나 참가를 강제하거나 경비를 지급하지도 아니하였다.”¹⁹⁾ 상급단체의 활동이 당해 노조의 근로조건 개선과 전혀 무관한 상급단체 활동 중 발생한 재해는 산재로 인정하지 않는다는 사례이다.

IV. 고속철도 기관사 사건에 대한 견해

15) 대법원 1998.12.8. 선고 98두14006 판결.

16) 대법원 2007.3.29. 선고 2005두11418 판결.

17) 대법원 1997.3.28. 선고 96누16179 판결.

18) 대법원 2004.03.15. 선고 2003두923 판결.

19) 대법원 2005.07.14 선고 2005두5246 판결.

현 고속철도 기관사의 과로사 사건에 있어, 재해자의 근로시간 뿐만 아니라 특수한 근무상황의 가중요인, 조합간부로서 참여한 조합활동도 종합적으로 고려하여 업무상 재해인정여부를 판단하여야 할 것이다. 재해자의 (i)근로시간은 4주 평균 46시간에 지나지 않지만 정상적인 고속철도 기관사의 4주 평균 36시간 보다 27%나 많은 점, (ii) 재해자의 업무상 가중요소로 다수의 야간근무, 불규칙한 교번근무, 고속철도의 1인 승무와 고속운행에서 발생하는 긴장감과 소음 등의 환경적인 요소가 고려되어야 하는 점,²⁰⁾ (iii) 특히, 재해자는 노동조합의 간부 자격으로 재해 당일 전날 노조규약에 명시된 1박2일의 간부워크숍에 참여하였던 점, (iv)그 밖에 당일 재해자는 자택에서 노조 교번근무표 작성 업무를 수행하였고, 또한 노조 산안부장으로 철도운행 지연사고에 대해 조합원을 대변하여 회사측 담당자에게 항의하기도 하였던 점. 등에 비추어 보아 산재법상 '업무상 재해'에 해당되어야 할 것이다.

나아가 서울행정법원은 본 과로사사건을 판단함에 있어, 고용노동부 '업무상 질병 인정지침'의 근로시간에 더하여 노조간부 조합활동을 회사의 노무관리 업무와 밀접한 관련이 있는 회사의 업무로 보아 조합활동 시간을 포함한 근로시간을 기준으로 업무상 재해 여부를 판단 해야 할 것이다.

교섭단위 분리결정 사례별 판단기준

I. 문제의 소재

최근에 우체국 택배와 물류를 담당하고 있는 한 공기업에서 교섭단위분리 신청사건 2건이 있었는데, 한 건은 인정되었고 다른 한 건은 인정받지 못했다. 노동위원회는 택배노동조합의 교섭단위 분리 신청에 있어 현 공사의 노동조합과 현격한 근로조건의 차이, 고용형태 등을 고려하여 교섭단위 분리신청을 인정하였다. 그러나 해당 공기업의 사무직 근로자로 조직된 노동조합이 신청한 교섭단위 분리신청에 있어서는 기각결정을 하였다. 그 이유는 노동조합법이 교섭창구 단일화를 원칙으로 하면서 교섭단위를 분리할 필요가 있는 예외적인 경우에 한해서 인정하고 있기 때문이다.²¹⁾ 즉 사무직과 다른 직종의 교섭단위를 분리할 만큼의 현저한 근로조건이나 고용형태에 차이가 없고, 사용자가 개별교섭한 관행도 없었기 때문이었다. 노동위원회는 사무직 노동조합의 교섭단위 분리신청에 대한 필요성은 소수노동조합이 대표교섭 노동조합에 가지는 공정대표의무 이행 요구를 통해 해결할 수 있다고 판단하여 교섭단위 분리를 인정하지 않았다.

이 두 노동조합의 경우에는 고용형태나 근로조건에 있어 명확한 사유가 있기 때문에 교섭단위 분리를 결정하는데 큰 어려움이 없을 것이라 판단되지만, 다양한 사례에서 교섭단위 분리 결정에 있어 그 판단기준이 노동위원회의 재량사항이라 기준이 모호한 면이 있다. 이에 대해 교섭단위

20) '뇌혈관 질병 또는 심장 질병' (고용노동부 고시 제2017-117호, 2017.12.29)

21) 대법원 2018.9.13 선고 2015두39361 판결.

분리결정에 대한 판단기준과 사례에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

II. 교섭단위 분리의 이해

1. 교섭단위 분리의 의의

하나의 사업 또는 사업장에 복수노조가 2011년 7월 1일부터 도입되면서 복수노조의 부작용을 줄이기 위해 단체교섭 창구 단일화 제도가 시행되었다. 교섭창구 단일화 제도는 노사대등의 원리 위에서 적정한 근로조건의 구현이라는 단체교섭권의 실질적인 보장을 위해 요구되는 불가피한 제도이다.²²⁾ 하나의 사업장에 2개 이상의 노동조합을 각각 사용자와 개별적으로 교섭하도록 허용하면 노동조합 사이에 갈등과 사용자의 교섭비가 증가하는 부작용이 예상되기 때문이다.²³⁾ 이러한 취지에서 현행법은 하나의 사업 또는 사업장에 조직형태를 같이 하는 노동조합이 2개 이상인 경우에는 그 대표교섭 노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다(노조법 제29조의2) 고 규정함으로써 1사 1교섭대표노조 원칙을 취하고 있다. 그럼에도 불구하고 하나의 사업 또는 사업장에서 현저한 근로조건의 차이, 고용 형태, 교섭 관행 등이 있는 경우에는 단위를 분리하여 교섭하는 것이 노동조합 간의 갈등을 해결하고 근로자의 근로조건 향상을 기할 수 있다. 이러한 취지로 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 노동위원회의 승인을 얻어 교섭단위를 분리할 수 있다(법 제29조의3).

노동조합이 단체교섭을 통해 사용자의 관계에서 힘의 우위를 지키기 위해서는 더 많은 조합원으로 구성된 단결된 힘이 필요하기 때문에 오히려 교섭단위 분리는 노동조합의 협상력을 약화시킬 수 있다. 따라서 노동조합법은 노동조합의 단체교섭 창구 단일화를 원칙으로 하고, 교섭단위 분리 결정을 예외적인 상황에서만 인정하고 있다.²⁴⁾

2. 교섭단위 분리절차

(1) **신청권자:** 교섭단위 분리는 노동관계 당사자인 회사와 노동조합이 같이 할 수 있고, 노동조합이나 회사가 일방적 신청도 가능하다(법 제29조의3 제2항). 교섭창구 단일화 절차에 참여하지 않은 노동조합도 교섭단위 분리를 신청할 수 있고, 산별노조 산하의 지회나 분회가 교섭단위 분리를 신청할 수도 있다(법 시행령 제14조의 11 제1항 제2호).

(2) **신청시기:** 노동조합 또는 사용자는 (i)사용자가 교섭요구 사실을 공고하기 전과 (ii)사용자가 교섭요구 사실을 공고한 경우에는 교섭대표노동조합이 결정된 날 이후에 교섭단위 분리의 결정을 신청할 수 있다(위 동법 제1호). 따라서 교섭창구 단일화 절차가 진행되는 기간을 제외하고 언제든지 교섭단위 분리결정 신청을 할 수 있다.

(3) **신청효과:** 노동위원회는 교섭단위 분리신청을 받은 경우에는 해당 사업 또는 사업장의 모든

22) 헌법재판소 합헌 결정: 2012.4.24 선고 헌재2011헌마 338 결정.

23) 임종률, 「노동법」 제17판, 박영사, 2019. 124면; 이승욱, “교섭단위 분리제도의 내용과 쟁점,” 노동리뷰, 노동 연구원, 2011년 6월호, 8면.

24) 대법원 2018.9.13 선고 2015두39361 판결.

노동조합과 사용자에게 그 내용을 통지하고, 그 의견의 제출을 요구한다. 그리고 노동위원회는 신청을 받은 날로부터 30일 이내에 교섭단위 분리에 관한 결정을 하여야 한다. 교섭단위 분리 신청이 된 경우에는 교섭창구 단일화 절차의 진행이 중단된다(위 동법 제1항 내지 제5항).

(4) **결정효과:** 노동위원회가 교섭단위 분리 결정을 하면, 노동조합은 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있다. 이 경우 단체교섭을 요구받은 사용자는 분리된 교섭단위별로 각각 교섭창구 단일화 절차를 처음부터 다시 개시해야 한다. 다만, 기존의 단체협약이 있는 경우에는 그 단체협약의 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 단체교섭을 요구할 수 있다(위 동법 제3항).

(5) **불복 절차 및 기준:** 노동위원회의 교섭단위 분리 결정에 대한 불복 절차에 대해 중재재정의 불복절차에 관한 규정을 준용하고 있다(법 제29조의 3, 제69조). 따라서 노동위원회의 교섭단위 분리 여부 결정이 위법이나 월권인 경우에 한해 중앙노동위원회에 10일 이내에 이의를 제기할 수 있다.

대법원은 “중재재정은 그 절차가 위법하거나 그 내용이 근로기준법 위반 등으로 위법한 경우 또는 당사자 사이에 분쟁의 대상이 되지 않는 사항이나 정당한 이유 없이 당사자의 분쟁범위를 벗어나는 부분에 대하여 월권으로 중재재정을 한 경우와 같이 위법이거나 월권에 의한 것임을 이유로 하는 때에 한하여 불복할 수 있다. 중재재정이 단순히 어느 일방에 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않는다.”²⁵⁾라고 판시하고 있다.

3. 교섭단위 분리 요건

교섭 단위의 분리 필요성을 판단할 때, 판례나 노동위원회는 4가지를 기준으로 판단하고 있다. 하나의 사업 또는 사업장에서 (i)현격한 근로조건의 차이, (ii)고용형태, (iii)교섭관행을 차례대로 판단한 후, (iv)교섭단위를 분리할 필요가 인정되어야 한다. 노동위원회는 ‘교섭창구 단일화 절차 유지’와 ‘교섭단위 분리’ 사이의 이익 형량을 통해 교섭단위 분리의 필요성 유무를 종합적으로 고려해 결정한다.²⁶⁾

(1) **현격한 근로조건의 차이:** 현격한 근로조건의 차이는 근로자의 개인적 속성에 의한 차이가 아니라 객관적인 차이로 단체교섭을 별도로 행하는 것이 합리적이라고 볼 수 있는 근로조건이어야 한다. 이에 근로자의 개인적 속성 (숙련도, 경력, 학력, 근속년수 등)의 차이는 객관적인 사유에 의한 차이로 보지 않는다.²⁷⁾

(2) **고용형태:** 고용형태의 경우 단순히 임시직, 계약직, 시간제 근로자 등으로 비교할 것이 아니라, 타 직종과 달리 정년 이후 축탁직 등으로 재고용 하도록 규정된 경우처럼 객관적으로 고용형태의 차이가 존재하여 교섭대표노조를 별도로 선출해 단체교섭을 독자적으로 진행하는 것이 실익이

²⁵⁾ 대법원 2009.8.20 선고 2008두8024 판결.

²⁶⁾ 심요섭, “교섭단위 분리 제도의 법적 쟁점,” 노동법포럼(23), 노동법이론실무학회, 2018.2. 290-291면.

²⁷⁾ 중앙노동위원회, 2012.11.21. 결정, 중앙2012단위8, (주)온리원 교섭단위사건 재심신청 사건.

있어야 한다.²⁸⁾

(3) **교섭관행**: 교섭관행은 형식적으로 분리된 단위로 교섭했던 것을 기준으로 하는 것이 아니라 실질적으로 분리해 교섭할 필요성을 기준으로 판단한다. 즉, 직종별, 합병, 사업장별 등의 사유로 인해 1사 다수노조 사업장으로 별개의 단체교섭 관행이 있다고 하여 항상 교섭단위 분리가 정당화되는 것은 아니다.²⁹⁾

(4) **교섭단위 분리의 필요성**: 교섭단위 분리 필요성에 대해 노동위원회는 별도의 교섭대표노조를 선출해 각각 독자적인 단체교섭을 해야 할 정도로 노사관계의 본질적인 기초를 달리하고 있는지를 여부를 판단한다. 노동위원회는 조합원의 분포, 조합원 수, 교섭요구사항, 근로관계의 내용과 성격, 인사노무 관리의 독립성 정도 등 해당 사업 또는 사업장의 노사관계 실태를 고려하여 판단한다.³⁰⁾

III. 교섭단위 분리결정 사례

1. 위탁 근로자와 직영근로자의 경우³¹⁾

회사의 노동조합은 일반직 노동조합과 위탁 택배배달원 노동조합으로 구성하고 있다. 회사의 일반직 노동조합은 교섭대표 노조를 중심으로 단체교섭을 실시하고 있다. 신생 택배노조는 회사의 정규직 근로자가 아닌 개인사업자 자격의 택배 배달원이므로 근로조건과 고용형태가 다르다는 이유로 교섭단위 분리신청을 하였다.

노동위원회는 일반직원과 위탁 택배원의 근로조건, 고용형태에서 현격한 차이가 있고, 근로조건 통일성을 기하기 어려우므로 노사 간 효율적인 교섭을 위하여 택배 직종을 별도의 교섭단위로 분리할 필요성이 있다고 인정하였다.

2. 방송연기자의 교섭단위 분리³²⁾

방송연기자들은 노동조합법상의 근로자에 해당되므로 단체교섭을 요구할 권리가 있다. 따라서 KBS의 근로기준법상 근로자와 다른 근로조건을 가지고 있으므로 교섭단위 분리 신청에 타당성을 인정하였다.

3. 무기계약직(상용직)과 정규직의 경우³³⁾

상용직 근로자 59명은 사무보조나 주차, 운전, 시설, 상담 업무를 담당하였고, 공사의 정규직 근로자 137명은 일반직이나 기술직, 기능직으로 구성돼 있다. 공사는 정규직 근로자로 구성된 노동조합을 교섭대표 노조로 인정하여 교섭을 진행하고 있다. 정규직 노동조합은 상용직의 노동조합 가입을 배제하고 있다.

대법원은 임금수준의 차이, 상용직에 대해 별도의 관리규정이 적용되고, 고용형태도 상용직과

28) 노동위원회, 2013.9.11. 결정, 서울2013단위42, (주) 대한항공 교섭단위 분리 결정신청 사건.

29) 노동위원회, 2011.7.27. 서울2011단위1, 도로교통공단 교섭단위 분리신청 사건.

30) 박동국, “교섭단위 분리 결정에 관한 쟁점,” 노동법률, 중앙경제, 2015년 1월호

31) 노동위원회, 2018.8.16. 결정, 서울2018단위11 (우체국물류지원단)

32) 대법원 2018.10.12. 선고 2015두38092 판결(한국방송공사)

33) 대법원 2018.9.13 선고 2015두39361 판결(고양시도시관리공사)

정규직으로 구분되어 있다. 교섭관행도 정규직의 단체협약은 상용직에 적용되지 않고 있다. 따라서 대법원은 교섭단위 분리를 인정하지 않는 것은 노-노간의 갈등을 유발하여 안정적 노사관계에 부정적이라고 판단하여 교섭분리를 인정하였다.

4. 서로 다른 사업장의 경우³⁴⁾

하나의 사업에서 여러 개의 사업부가 별도의 공장으로 구분되어 있고, 현격한 근로조건의 차이가 있고, 관행에 따라 개별교섭을 해온 경우에는 상대적으로 우월한 지위에 있던 노동조합이 교섭단위 분리를 신청하였다.

노동위원회는 사업부 별로 별도의 사업장에서 근무하며 근로조건이 다르고 개별적으로 교섭을 해온 관계가 있기 때문에 개별교섭을 인정하는 게 노동조합의 이익을 균형 있게 반영할 수 있도록 인정하여 교섭단위 분리를 인정하였다.

IV. 교섭단위 분리신청 기각 사례

1. 사업장 내의 관리직과 현장직 근로자³⁵⁾

우체국 물류를 담당하는 회사에 사무직노조가 최근에 설립되었다. 기존에 현장을 중심으로 노동조합 3개(조합원 1300여명)가 구성되어 교섭대표 노조를 통해 교섭해오고 있다. 사무직 노조는 일반 사무직 110명으로 노동조합 설립신고를 하고, 현장직 직원과 사무직 직원은 근로조건이 현격히 차이가 난다는 이유로 교섭단위 분리신청을 하였다.

노동위원회는 사무직과 그 외 직종 사이에 교섭단위를 분리할 만큼의 근로조건이나 고용형태에 현격한 차이가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이에 노동위원회는 사무직의 근로조건 개선을 위하여 교섭대표노동조합에 공정대표의무 이행을 요구할 수 있다는 점을 등을 고려하면 근로조건의 통일적 형성과 이를 통한 노사관계의 안정이라는 교섭창구 단일화의 취지에 따라 교섭단위 분리청구를 기각하였다.

2. 환경미화원과 다른 공무원 근로자³⁶⁾

제주시는 공무원으로 환경미화원과 다양한 업종의 공무원 근로자들이 있다. 환경미화원만 별도로 교섭단위 분리 결정을 신청하였지만 이에 대해 환경미화원과 공무원 근로자들은 같은 취업규칙을 적용받으므로 근로조건의 차이가 많지 않다. 고용형태에서도 공무원과 같이 모두 무기계약직으로 정년이 보장되어 있다. 다만 교섭창구 단일화 이전부터 개별교섭을 해온 교섭관행이 있었다. 이에 대해 노동위원회는 복수노조의 교섭창구단일화 조치가 원칙임을 이유로 교섭단위 분리신청을 기각하였다.

3. 식당업무 담당 무기계약직과 기간제근로자와 정규직 근로자³⁷⁾

34) 중앙노동위원회 2018.4.2. 선고 중앙2018단위3 결정.

35) 노동위원회, 2020. 3.12. 결정, 서울2020단위8(우체국물류지원단)

36) 서울고등법원 2016.10.19. 선고 2016누48234 판결(제주도특별자치도).

37) 중앙노동위원회 2018.6.4 선고 중앙2018단위5 판정.

식당업무 담당 무기계약직과 기간제근로자와 정규직 근로자 사이에서 새로이 신설된 무기계약직과 기간제근로자가 교섭단위 분리결정을 신청하였다. 이에 대해 노동위원회는 현격한 근로조건 적용에 있어 정규직과 무기계약직은 호봉제, 기간제근로자는 월급제를 시행하고 있으나 근로조건에는 차이가 없다. 고용형태는 식당에서 필요한 자격을 갖춘 영양사나 요리사의 경우 정규직으로 하고, 나머지 직원들은 무기계약직으로 하고 있다. 또한 이전 교섭에서도 분리교섭한 사례가 없었다. 따라서 분리교섭을 할 경우에 통일적인 근로조건 형성이나 노사관계 안정을 기대할 수 없어 분리교섭보다는 교섭창구를 일원화하는 것이 타당하다고 보았다.

V. 결론

교섭창구는 단일화가 원칙이고, 예외적으로 분리하는 만큼 노동위원회는 명확한 잣대를 일관성 있게 교섭단위 분리결정을 해야 할 것이다. 예외 사항은 노동조합 간 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭관행 등에 있어 교섭창구 단일화가 오히려 노동조합에 불리한 경우에 해당된다. 사실상 단체교섭에서 노동조합은 조합원의 수가 많아야 교섭력을 확보하고, 유리한 단체교섭을 이끌어 낼 수 있다. 따라서 노동위원회는 교섭단위 분리결정을 할 때에는 객관적 사실을 충분히 검토하고, 분리요건에 해당될 때에만 예외로 교섭단위 분리를 인정하여야 할 것이다.

위장도급 사례 및 판단기준

I. 서론

우리나라의 비정규직 문제는 1998년 IMF 경제위기를 겪으면서 근로기준법의 '정리해고' 규정과 '근로자 파견법'을 도입하면서 시작되었다. 기업들은 인건비를 절감하려는 차원에서 인력 확보와 방출의 유연성을 가진 비정규직 근로자의 사용을 합법적으로 확대하게 되었다. 이러한 비정규직 확산이 사회적 양극화 현상을 심화시키는 등 심각한 사회문제로 대두되면서 2007년 7월부터 비정규직 근로자를 보호하고 정규직으로 고용을 촉진하기 위해 비정규직 보호법이 시행되었다. 이 법의 핵심적인 내용은 비정규직 사용을 2년으로 제한하였고, 그 사용기간 중에도 동일업무를 하는 정규직과 차별을 없애는 것이었다. 이 법이 비정규직 확산을 제한하는데 많은 기여를 하였음에도 불구하고 아직도 많은 기업들은 여러 가지 편법을 동원하여 비정규직의 고용을 계속해서 유지해 오고 있다. 기업들이 편법적으로 비정규직의 고용을 유지해온 대표적인 사업이 사내도급을 가장한 불법파견이다. 이와 관련하여 최근 대표적인 대법원 판례 2개가 나왔는데 이 판례들을 통해 그 판단기준을 살펴 보고자 한다.

II. 현대미포조선 사내하청 근로자 해고사건

1. 사건개요

현대미포조선(이하 “원청회사”)은 사내하청인 용인기업(이하 “하청업체”)에 노동조합이 설립되자 하청업체와의 도급계약을 해지하였고, 이에 따라 하청업체는 2003.1.31. 폐업되었다. 이로 인하여 하청업체에 소속된 근로자 30명은 모두 해고되었고, 이들은 원청회사를 상대로 ‘근로자지위 확인청구 소송’을 제기했다. 하급심인 부산고등법원은 원청회사와 하청업체 간에 도급관계가 인정된다고 보아 근로자들의 청구를 기각하였으나 대법원은 원청회사와 하청업체의 근로자들 간에 묵시적인 근로계약 관계가 인정된다는 판결을 하였다.

2. 대법원 판결 (2008.7.10. 대법 2005다75088)

가. 묵시적 계약관계 법리: ‘원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 근로자는 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 근로자와 제3자 간에 묵시적 근로 계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다’ (대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결)

나. 사실관계: 원고들이 소속된 하청업체는 약 25년간 오직 피고 회사로부터 선박엔진 열교환기, 세이프티 밸브의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔는데, 원청회사는 하청업체가 모집해 온 근로자에 대하여 원청회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고, 그 시험합격자에게만 원청회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, 하청업체 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, 하청업체 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였다.

뿐만 아니라, 원청회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고, 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 업무 협력 방안을 결정하여 원고들을 직접 지휘하거나 또는 하청업체 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 하였으며, 하청업체가 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 원청회사 소속 부서의 업무를 수행하게 하거나, 하청업체의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리, 타 부서 업무지원 등의 명목으로 원고들에게 매월 일정 수준 이상의 소득을 보장하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사하였다.

더 나아가, 하청업체는 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액을 원청회사로부터 수령하였지만, 원청회사는 하청업체 소속 근로자들이 선박 수리와 직접적인 관련이 없는 원청회사의 다른 부서 업무지원, 안전교육 및 직무교육 등에 종사하는 경우 이에 대한 보수도 산정하여 그 지급액을 결정하였을 뿐만 아니라, 원고들에게 상여금, 퇴직금 등의 수당을 직접 지급하였다.

마지막으로, 하청업체는 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나, 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌을 뿐만 아니라, 하청업체는 독자적인 장비를 보유하지 않았으며, 소속 근로자의

교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다.

다. **판단**: 이러한 사실관계를 본 법리에 비추어 살펴보면, 하청업체는 형식적으로는 원청회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 원청회사의 일개 사업부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 원청회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 근로자들과 원청회사 사이에는 직접 원청회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 볼 수 있다.

III. 현대자동차의 위장도급 사건

1. 사건개요

현대자동차 울산공장(이하 “원청회사”)의 사내하도급 업체인 예성기업(이하 “하청업체”)은 의장 공정을 맡아 업무를 수행하던 중, 노동조합 활동을 이유로 2005. 2. 2. 근로자 15명을 해고하였다. 이에 근로자들은 ‘부당해고 및 부당노동행위 구제신청’을 원청회사와 하청업체를 상대로 제기하자 하청업체는 곧 바로 폐업하였다. 이 사건은 하급심에서는 원청회사가 사용자가 아니고 실제 사용자인 하청업체는 폐업하였다는 이유로 모두 기각되었으나, 대법원은 원청회사와 하청업체와의 묵시적 고용관계는 부정 하였으나, 원청회사와 하청업체간에 파견관계가 성립된다고 인정하였다. 개정전의 파견법에 따라 근로자의 근속년수가 2년을 넘는 경우 “고용의제” 조항에 따라 근로자가 사용사업주에 고용된 것으로 본다고 인정을 받았다.

2. 대법원 판결 (2012.2.23. 선고 2011두7076판결)

가. **근로자파견 법리**: 근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자의 형식적이고 명목상 정한 계약형식과 상관없이, 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.

나. **사실관계**: 자동차 생산에 직간접적으로 필요한 작업 중에서 컨베이어 시스템에 의한 자동차 조립 업무인 의장 공정은 하청업체의 기술성과 전문성에 대한 요구 정도가 낮고 노무 제공 과정상 하청업체는 그 근로자에 대한 지시권이 미약하다.

하청업체 근로자들은 컨베이어벨트 좌우에 원청회사의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치되어 원청회사 소유의 생산 관련 시설과 부품, 소모품 등을 사용하여 원청회사가 미리 작성하여 교부한 각종 작업지시서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행하였고, 이 과정에서 하청업체의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다.

원청회사는 하청업체 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 있었고, 원청회사의 정규직 근로자와 마찬가지로 하청업체 근로자들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업

순서 등을 결정하였다. 원청회사는 하청업체 근로자들을 직접 지휘하거나 또는 하청업체 소속 현장관리인 등을 통하여 하청업체 근로자들에게 구체적인 작업지시를 하였다. 하청업체 근로자들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 하청업체 현장관리인 등이 그 근로자들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하였다 하더라도, 이는 원청회사가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하였다.

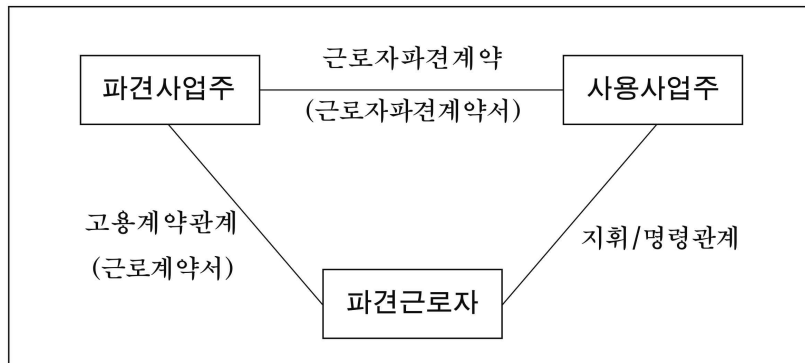
원청회사는 하청업체 근로자들에 대하여 시업과 종업 시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였고, 원청회사의 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등 사유로 결원이 발생하는 경우 하청업체 소속 근로자로 하여금 그 결원을 대체하여 작업하게 하는 경우도 있었다.

다. 판단: 환송심인 고등법원은 ‘근로자파견 법리’와 사실관계를 바탕으로 근로자가 하청업체에 고용된 후 원청회사에 파견되어 원청회사로부터 직접 노무지휘를 받는 근로관계 있다고 판단하였다.

IV. 판단기준

1. “근로자파견” 판단기준에 대한 노동부 지침 (노동부 2007.6.)

가. 근로관계: ‘근로자파견’은 근로자파견사업을 행하는 자인 ‘파견사업주’가 근로자를 고용하여 근로자 파견계약에 따라 제3자인 사용사업주에 근로자를 공급하는 사업을 말한다. 파견근로자는 사용사업주의 사업장에서 사용사업주의 업무지시에 따라 업무를 수행한다.



나. 판단 방법

- 1) ‘근로자파견’에 해당하는지의 여부는 근로자와 고용계약을 체결한 파견사업주에 대하여 사업주로서의 실체를 인정할 수 있는지를 먼저 판단한다.
- 2) 파견사업주가 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우에는 당해 근로자를 고용하지 않고 사용하는 사용사업주가 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 추정한다.
- 3) 파견사업주가 사업주로서의 실체가 인정되는 경우에는 당해 근로자가 사용사업주의 지휘·명령을 받는지 여부를 조사하여 당해 고용관계가 ‘근로자파견’에 해당하는지를 판단한다.

다. 판단의 기준

1) 파견사업주에 대한 사업주로서의 실제 판단

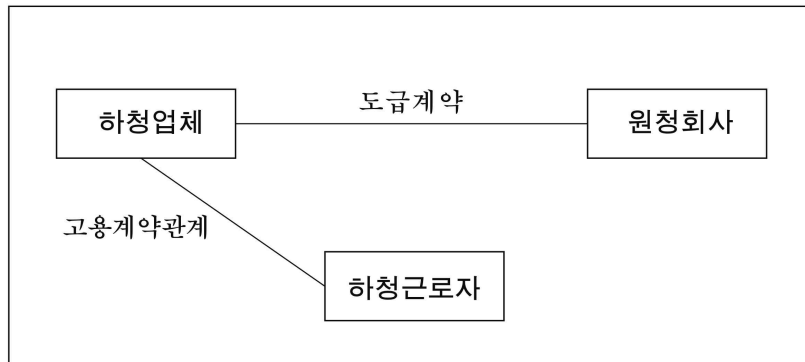
파견사업주에게 다음 각호의 권한이나 책임이 존재하지 않는 경우에는 파견사업주의 실체가 인정되지 않는다. ① 채용·해고 등의 결정권; ② 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임; ③ 법령상 사업주로서의 책임 (4대보험, 사업소세 등); ④ 기계, 설비, 기자재의 자기 책임과 부담; ⑤ 전문적 기술·경험과 관련된 기획 책임과 권한

2) 사용사업주의 지휘·명령에 대한 판단

사용 사업주가 당해 근로자에 대하여 다음 각 호의 권한을 행사하는 경우에는 사용 사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사한 것으로 판단한다. ① 작업배치·변경 결정권; ② 업무 지시·감독권; ③ 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권; ④ 업무수행에 대한 평가권; ⑤ 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권

2. 불법파견 관련 “사내하도급” 점검지침 (노동부, 2004.7)

가. **근로관계**: 도급은 당사자 일방이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 것을 말한다 (민법 제664조). 사내하도급(사내하청)은 원청회사가 자기 사업장 내에서 이루어지는 업무의 일부를 하도급업체로 하여금 수행토록 하는 도급의 유형이다.



나. 판단방법 및 판단기준

사내하청이 ‘인사노무관리의 독립성’이나 ‘사업경영상의 독립성’ 중 어느 하나라도 결여된 경우 근로자파견사업으로 인정한다.

- 1) 인사노무관리의 독립성은 사내하청이 다음의 사항에 대하여 근로자를 직접 지시하고 관리하는 등 노동력을 직접 이용하는 경우를 말한다. ① 채용·해고, 징계 등 인사결정권; ② 작업배치·변경결정권; ③ 업무지시·감독감독권; ④ 업무수행방법, 결과 평가에 관한 사항; ⑤ 원도급 근로자와 혼재작업 여부, 업무상 차이; ⑥ 휴가, 병가 등 근태관리; ⑦ 연장, 휴일, 야간근로 등 근로시간 결정권; ⑧ 기타 근로기준법, 노동조합법상의 사용자
- 2) 사업경영상의 독립성은 사내하청이 다음의 사항에 대하여 원청회사로부터 독립하여 업무를 처리하는 경우를 말한다. ① 소요자금 조달·지급 책임; ② 법률상 사업주로서의 책임; ③ 기계, 설비, 기자재의 자기책임과 부담; ④ 기획 또는 전문적 기술, 경험

V. 결론

위장도급에 대한 가장 대표적인 사례로 2가지 사례를 언급하였다. 첫째, 현대미포조선 사례는 도급형태의 계약관계가 있지만 인사노무의 독립성과 사업경영상의 독립성이 없는 묵시적인 근로관계로 인정된 대표적인 위장도급 사건이었다. 둘째 현대자동차 불법파견사례는 원청회사와 하청업체 간에 분명한 계약관계는 인정되지만, 원청회사가 사용자업주로서의 업무를 지시하고 감독하는 가운데 하청업체근로자가 원청회사 근로자와 함께 컨베이어시스템에서 혼재하여 일하였기 때문에 하청회사는 도급의 독립성을 상실하여 불법파견으로 인정된 사건이었다.

파견과 도급 판단기준 - 판례, 행정해석

I. 서론

파견근로자를 사용하는 것은 기업체에서 고용의 유연화와 인건비 절감차원에서 큰 도움이 되었다. 그러나 이러한 파견근로자는 2년 밖에 사용할 수 없기 때문에 기업체에서는 파견근로 형태로 계속 유지할 수 있는 방법을 모색하면서, 사내 도급이 확산되어 왔다. 기업체에서는 사내도급 형태를 갖추었지만, 실질적으로는 근로자 파견관계와 같이 직접 도급근로자를 지휘, 명령하는 하는 경우가 많이 있었다. 이러한 문제에 대해, 지난 7월 10일 대법원에서 사내도급과 파견근로를 명확히 구분하는 판결을 내놓으면서 이 판단기준을 명확히 구분하였다. 이번 호에는 파견과 도급을 구분한 판결(대법 2008.7.10)의 주요내용과 ‘근로자파견’의 판단기준에 관한 지침 (노동부법무부의 공동지침내용, 2007.4.19)를 검토하고자 한다.

II. 파견과 도급판단 기준 - 판례

원 고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 볼 수 있다 (2008.7.10. 대법 2005다75088)

형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

“현대미포조선에서 일하던 용인기업 도급 근로자 30명은 2003년 수익성 악화 등을 이유로 용인기업이 폐업하자 2000년 7월부터 파견법 관련 규정에 따라 현대미포조선에 고용된 것으로 봐야 한다며 종업원지위 확인소송을 냈다”. 이에 대법원은 “용인기업은 실질적으로는 현대미포조선의 하나의 사업부서나 노무대행 기관 역할만 수행했고 종속적인 관계에서 근로를 제공했다… 현대미포조선이 직접 이들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약이 성립됐다고 보는 것이 옳다”고 판단했다.

III. ‘근로자파견’의 판단기준에 관한 지침

(노동부·법무부공동지침. 2007.4.19, 비정규직대책팀-1303)

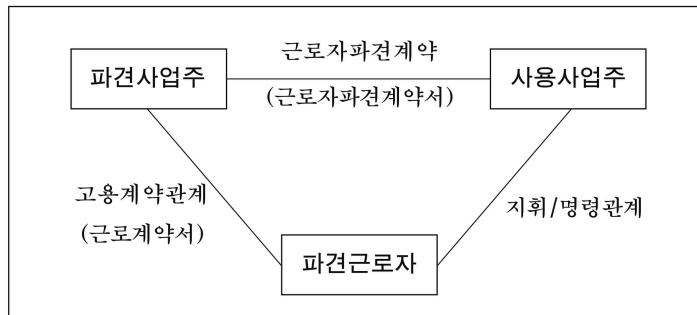
1. 목 적

이 지침은 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘법’이라 한다)에 위반한 고용형태를 효과적으로 단속함으로써 근로자파견제도의 적정한 운영을 기하기 위하여 법 제2조제1호의 규정에 의한 ‘근로자파견’과 근로자파견이 아닌 것을 구분함에 있어 그 판단의 기준을 정하는 것을 목적으로 한다.

2. 구성 주체

법 제2조제1호에 의한 ‘근로자파견’은 근로자파견사업을 행하는 자인 ‘파견사업주’와 근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 ‘사용사업주’ 및 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 ‘파견근로자’라는 삼자관계로 구성이 된다.

【근로자파견의 관계】



3. 판단의 체계

(1) 판단 순서

- 1) 법 제2조제1호의 ‘근로자파견’에 해당하는지의 여부는 근로자와 고용계약을 체결한 파견사업주, 수급인, 수임인 등(이하 ‘파견사업주등’이라 한다)에 대하여 사업주로서의 실체를 인정할 수 있는지를 먼저 판단한다.
- 2) 파견사업주등이 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우에는 당해 근로자를 고용하지 않고 사용하는 사용사업주, 도급인, 위임인 등(이하 ‘사용사업주등’이라 한다)이 당해 근로자를 직접 고용한 것으로 추정하여 노동관계법 위반 여부를 판단한다.
- 3) 파견사업주등이 사업주로서의 실체가 인정되는 경우에는 당해 근로자가 사용사업주등의 지휘·명령을 받는지 여부를 조사하여 당해 고용관계가 ‘근로자파견’에 해당하는지를 판단한다.

(2) 판단방법(종합적 판단)

법 제2조제1호의 '근로자파견'에 해당하는지의 여부는 아래 4의 (1) 및 (2)의 각 호를 종합적으로 고려하여 판단한다. 이 경우 나의 1), 2), 3)은 근로자파견 인지를 판단하는 주요 기준으로 본다.

4. 판단의 기준

(1) 파견사업주등에 대한 사업주로서의 실체 판단

사용사업주등과 파견사업주등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 파견사업주등에게 다음 각호의 권한이나 책임이 존재하지 않는 경우에는 파견사업주등의 실체가 인정되기 어려우므로 법 제2조제1호의 근로자파견의 정의 중에서 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지”하는 것으로 보지 아니한다.

1) 채용·해고 등의 결정권

※ 채용면접표, 취업규칙, 근로계약서, 신규채용자 안전교육, 기타 해고 관련 서류 등을 확인

2) 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임

※ 사무실 임대차 계약서, 사업체 설립비용 부담여부, 주식회사의 경우 주금 납입 경위 및 주식 소유비율, 기성금 및 수당 지급방법 등을 확인

3) 법령상 사업주로서의 책임

※ 4대보험 가입증명서, 주민세 및 사업소세 등 각종 세금관련 자료, 근로소득 원천징수 관련 자료, 사용사업주등과 파견사업주등 사이에 체결된 계약서·임원간 순환근무 여부, 기타 단체교섭 관련 서류 등을 확인

(2) 사용사업주등의 지휘·명령에 대한 판단

사용사업주등과 파견사업주등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 사용사업주등이 당해 근로자에 대하여 다음 각 호의 권한을 행사하는 경우에는 법 제2조제1호의 근로자파견의 정의 중에서 “파견사업주가 ... 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”으로 판단한다.

1) 작업배치·변경 결정권

※ 작업계획서, 인력배치 계획서, 관련 회의자료, 기타 작업배치 관련 서류 및 관행 등을 확인

2) 업무 지시·감독권

※ 일일 작업지시서, 안전교육 일지, 조회 개최 여부, 업무관련 지시 전달 방법 등을 확인

※ 특히 직접 고용한 근로자와 혼재하여 같거나 유사한 업무에 종사토록 하는 경우에는 업무 지시·감독권 행사 여부를 보다 신중히 검토

※ 계약서상 업무의 목적이나 내용이 지나치게 추상적이어서 사용사업주등의 지시를 통해 비로소 구체화되는 불확정한 상태에 놓여 있거나 또는 업무 전반을 망라하는 것으로 되어 있어 특정 업무에 한정되지 않는 경우에는 업무 지시·감독권이 인정될 수 있음에 유의

3) 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권

※ 휴가, 결근, 조퇴, 외출, 지각원, 출근부, 기타 징계관련 서류 등의 확인

4) 업무수행에 대한 평가권

※ 업무수행 및 실적에 대한 평가서, 파견사업주등의 직원이 현장에서 감독·평가하는지 여부, 잘 못된 업무수행이 발견된 경우에 있어서의 조치 관행 등을 확인

5) 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권(다만, 작업의 특성상 일치시켜야 하는 경우에는 제외한다)

※ 연·월차 유급휴가 사용내역, 일일 근무현황, 기타 근로시간 관련 서류 등을 확인

IV. 결론

파견과 도급을 구분하는 기준은 원청기업의 실질적인 인사 노무지휘권 행사 여부 및 하청기업의 경영상 독립성이 있는지 여부로 판단하고 있다. 기업은 위임, 도급계약 형태를 통해 노동법상의 사용자 책임을 면하려는 경우가 많은데, 법원의 판단은 실질적인 근로관계를 통해 일관되게 판단하고 있다. 따라서 기업체에서 파견근로자를 도급근로자로 전환 할 경우에는 업무를 직접지시 감독하여서는 아니 되고 도급회사에 최대한의 독립성을 보장해주어야 한다. 또한 도급회사도 계속적으로 도급형태를 유지하기 위해서는 도급근로자에 대해 실질적인 사용자로서의 관리 감독을 하여야 하고, 또한 원청 기업으로부터 경영상 독립성을 유지하여야 한다.

근로기준법의 적용제한: 상시 4인 이하 사업장의 근로자와 가사사용인

I. 들어가며

근로자이지만 노동법의 적용을 받지 못하거나 노동법의 보호를 제한적으로 받는 근로자들이 있다. 그 대표적 사례가 5인 미만 사업장의 근로자와 가사사용인이다. “근로기준법은 **상시 5명 이상의 근로자**를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 **가사(家事)사용인**에 대하여는 적용하지 아니한다(근로기준법 제11조)”라고 명시하고 있다.

근로기준법의 적용제한과 관련하여 다음과 같은 문제가 대두되고 있다. 첫째, 5인 미만 사업장에 근무하는 근로자에게는 근로기본권이 제대로 보장되지 않았으나 최근에 적용되지 않았던 퇴직금 조항이 적용되면서 5인 미만 사업장 근로자들이 자신들의 권리를 찾는 분쟁이 자주 발생하고 있다는 점이다. 따라서 이들 5인 미만의 근로자에 대한 근로기준법 적용 조항들에 대해서도 살펴볼 필요가 있다고 하겠다 둘째, 가사사용인이 특정 가정에 전속되어 가사일에 종사하는 경우에는 근로기준법이 적용되지 않는 것이 분명하다. 하지만, 가사사용인이 회사에 소속되어 회사로부터 급여를 받으면서 회사 사장의 집에서 가정부, 집사, 운전기사 등으로 일하는 있는 경우에 근로기준법의 적용을 받을 수 있는지가 문제가 된다. 특히, 업무수행 중 업무상 상해를 입은 경우 산업재해로 처리 여부, 퇴직금의 지급 여부 등에 대해 분쟁이 발생하고 있다.

II. 상시 4인 이하 사업 또는 사업장에 근무하는 근로자

1. 문제제기

2010년 12월부터 4인 이하 사업장의 근로자들도 퇴직금 규정을 적용 받게 됨에 따라 이들 취약 근로자들에 대해 사회적 관심을 끌리고 있다. 적용되지 않는 주요 규정으로는 1)해고의 제한: 2)휴업수당: 3)법정근로시간의 제한, 4)연장/야간/휴일 근로에 대한 가산임금: 5) 연차유급휴가 등이 적용되지 않는다. 이러한 핵심 조항이 적용되지 않으므로 근로기본권의 보호를 받지 못하는 취약한 근로환경에서 근무하는 근로자들이라고 할 수 있다. 이하에서는 근로기준법에 적용되는 내용과 적용되지 않는 부분을 구분하여 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 4인 이하 사업장에 적용되는 주요 규정

4인 이하 사업장 적용되는 주요 규정으로는 1)근로계약의 서면작성, 2)주휴일, 3)휴게, 4)재해보상, 5)임금청산, 6)임금지급, 7)해고시기 제한, 8)해고예고, 9)출산휴가 등 관련 조항이 적용된다.

해고의 제한규정이 적용되지 않지만, 근로자를 해고하고자 할 경우에는 적어도 30일전에 해고예고를 하여야 하고 이를 하지 못한 경우 1개월의 해고예고수당을 지급해야 한다. 그리고 근로의 대가인 임금에 대해서는 대부분 적용된다. 즉, 최저임금이 적용되고, 임금지급시기를 준수해야 하고, 임금 체불에 대한 벌칙조항이 적용된다. 특히 퇴직금의 경우에는 2010.12.1부터 적용되어 최초 2년이 되는 2012.12.31까지는 법정퇴직금의 50%, 그 이후부터는 100% 지급해야 한다. 근로연수가 많은 경우라도 이 퇴직금규정 시행시기부터 계산하여 지급해야 한다. 뿐만 아니라 업무상 재해를 당한 경우에는 일반근로자와 동일하게 산업재해보상보험법에 따른 요양보상, 휴업보상, 장해보상 등 보상규정 일체를 적용 받는다.

3. 4인 이하 사업장에 적용되지 않는 주요 규정

4인 이하의 사업장에 근로하는 근로자에게 아래의 규정이 적용되지 않기 때문에 근로기본권의 보호를 받지 못하고 열악한 근로환경에 처해 있다고 할 수 있다.

- (1) **해고 등의 제한:** 1)정당한 이유가 없어도 근로자들을 마음대로 해고하거나 징계할 수 있다. 2)근로자가 부당한 해고를 당했어도 노동위원회에 의한 구제를 받을 수 없다. 3) 사용자의 일방적인 해고에 대한 서면통지 의무가 없으며, 4)경영상 해고제한 규정에도 적용되지 않으므로 회사 사정이 좋지 않을 때에는 언제든지 해고할 수 있다. 5)파견근로나 단기간 근로자를 사용할 경우에 자유롭게 언제든지 해고할 수 있기 때문에 2년의 사용기간제한 규정 적용 없이 계속 사용할 수 있다.
- (2) **휴업수당:** 회사가 휴업하면 휴업수당을 받을 수 없다. 따라서 회사가 필요시 임의적으로 휴업을 하더라도 특별히 휴업수당을 지급하지 않기 때문에 사용자의 귀책사유로 휴업을 하여도 근로자들은 그 휴업기간 동안 임금이 지급되지 않는다.
- (3) **근로시간의 제한:** 4인 이하의 사업장은 주40시간 근로자나 주5일제도 해당이 없고 하루 8시간을 초과해 무제한으로 연장근로를 시킬 수 있다. 연장근로도 주12시간 한도에 대한 제한이 없고, 연장근로나 야간근로(22시~06)에 근무를 하거나 휴일에 근무를 해도 50%의 할증임금을 받지

못한다.

- (4) **연차유급휴가:** 일반 근로자가 1년에 근무에 15일의 연차휴가를 유급으로 사용할 수 있으나, 4인 이하 사업장 근로자들은 유급휴가가 발생하지 않는다. 따라서 휴가를 사용하고자 할 경우에는 사용자의 승인을 얻어 무급으로 휴가를 사용할 수 있다.

III. 사업장 소속의 가사사용인의 근로기준법 적용여부

〈상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법규정〉

구분		적용 법규정
근로기준법	제1장 총칙	제1조부터 제13조까지의 규정
	제2장 근로계약	제15조, 제17조, 제18조, 제19조제1항, 제20조부터 제22조까지의 규정, 제23조제2항, 제26조, 제35조부터 제42조까지의 규정
	제3장 임금	제43조부터 제45조까지의 규정, 제47조부터 제49조까지의 규정
	제4장 근로시간과 휴식	제54조, 제55조, 제63조
	제5장 여성과 소년	제64조, 제65조제1항·제3항(임산부와 18세 미만인 자로 한정한다), 제66조부터 제69조까지의 규정, 제70조제2항·제3항, 제71조, 제72조, 제74조
	제6장 안전과 보건	제76조
	제8장 재해보상	제78조부터 제92조까지의 규정
	제11장 근로감독관	제101조부터 제106조까지의 규정
	제12장 벌칙	제107조부터 제116조까지의 규정(제1장부터 제6장까지, 제8장, 제11장의 규정 중 상시 4명 이하 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용되는 규정을 위반한 경우로 한정한다)
최저임금법		전사업장
남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률		전사업장
산업재해보상보험법		전사업장 (단, 5인 미만 농, 임, 어민 등 일부 업종은 제외)
고용보험법		전사업장 (단, 5인 미만 농, 임, 어민 등 일부 업종은 제외)
노동조합 및 노동관계조정법		전사업장

1. 문제제기

가사사용인이란 가정의 가사업무에 종사하는 가정부, 파출부, 유모, 집사 등의 근로 자를 말한다.

가사사용인은 주로 개인의 사생활과 관련된 가사에 종사하기 때문에 국가가 그들의 근로시간이나 임금에 관하여 감독하기 어렵기 때문에 근로기준법의 적용에서 제외하고 있다. 따라서 회사에서 고용한 자라 하더라도 회사 사장의 가정에서 가사노동에 종사하는 경우에는 근로기준법이 적용되지 않는다. 그러나, 회사에 채용되어 회사 규정의 적용을 받지만 회사의 사장 집에 파견되어 정원관리, 경비원, 집사, 운전기사 등의 업무를 담당 할 경우 근로기준법 적용여부에 대해 논란이 있을 수 있다. 이 문제와 관련하여, 유사한 사례를 가지고 판단하고자 한다.

2. 근로기준법이 적용되지 않는 가사사용인으로 각하 판정한 사례³⁸⁾

근로자가 해고되어 부당해고 구제신청을 제기한 경우로서 “이 사건 근로자들은 이 사건 사용자의 채용공고를 보고 채용되었다고 주장하나 근무장소가 이 사건 사용자의 대표이사가 개인적으로 소유한 별장이었다는 점, 별장에서 대표이사와 그의 남편에 의한 면접을 통하여 채용되었다는 점, 별장관리 업무는 건설업을 주로 행하고 있는 이 사건 사용자의 사업내용과 직접적인 연관이 없고 이 사건 사용자에게 수익을 창출하는 업무를 하였다고 보기 어려운 점 등을 비추어 볼 때 이 사건 사용자가 채용한 근로자가 아닌 이 사건 사용자의 대표이사가 개인적으로 채용한 근로자로 근로기준법 제11조의 가사사용인에 해당하여 해고처분의 존재 및 정당성 여부에 대하여는 별도로 논할 필요 없다 할 것이다”라고 하여 근로기준법 적용을 배제하고 있다.

3. 근로기준법이 적용된다고 본 사례³⁹⁾

근로자가 대표이사의 자택에서 근무하게 된 경위를 살펴보면, 회사에서 채용하여 회사의 관리부로 소속을 두게 하고 대표이사의 자택에서 근무하도록 명령을 내린 것으로 확인되고, 이후 임금지급관계, 복무관계, 퇴직금 지급 등 노동관계법에 따라 발생하는 제반 사항에 대하여 회사에서 일괄적으로 관리해온 것으로 확인되며, 제세공과금의 납부와 사회보장제도 등 대외적인 권리·의무관계에 있어도 회사에 귀속되어 행하여진 점을 종합할 때 근로자는 대표이사가 사적인 용도로 사용하였다 하나 법인인 회사 소속 근로자로 보는 것이 타당하며, 독립적인 지위에서 개인 가정에 고용되어 개인가사서비스, 운전기사, 정원관리원 등의 산업활동을 행하는 가사사용인과는 달리 보아야 할 것이다. 따라서, 원처분기관에서 근로자가 사업주의 자택에서 근무하였다는 이유로 가사사용인으로 잘못 판단하여 유족급여 및 장의비청구서를 반려 처분한 것은 부당하다.

4. 소결(小結)

사례를 살펴보면, 회사에서 채용되어 회사의 사장 집에서 가사를 맡고 있는 가정부로 업무를 수행하는 경우에는 순수 가사사용인으로 근로기준법에 적용되지 않으나, 사장 집에 파견하여 경비업무, 전속기사, 조경업무 등을 할 경우에는 근로기준법에 적용되는 경향이 있다. 따라서 그 가사사용인의 업무의 성격, 업무의 범위, 회사업무와 관계 등을 구체적으로 파악하여 근로기준법에 적용여부를 판단하여야 할 것이다.

38) 경기지노위, 2012부해1130 (주)건교산업 부당해고 구제신청 사건

39) 산심위2004-910, 2004.09.14

IV. 맺는 말

근로기준법의 적용이 제외되거나 제한되는 대상은 4인 이하의 사업장에 근무하는 근로자와 가사사용인이다. 4인 이하의 사업장 근로자는 근로자로서 보장받아야 할 해고 등 제한 규정, 근로시간 제한 규정 등의 적용이 배제됨으로써 노동기본권이 제한 받고 있다. 이 영세 사업장에 근무하는 근로자들도 최소한의 노동기본권 보장을 위해서는 근로시간의 제한, 사업주의 귀책사유에 대한 휴업수당 및 연장/야간/휴일 근로에 대한 가산임금 규정이 확대적용 되어야 할 것이다. 또한 가사사용인도 임금의 목적으로 근로를 제공하는 자이므로 근로자의 영역에 속하지만, 특정 개인의 가정집에서 가정부, 집사, 정원사 등으로 근로를 제공한다는 점과 개인 가정에 전속되어 업무를 수행하므로 근로기준법상의 근로자라 할 수 없다. 그러나, 사업장에서 특정 임원의 개인 집에서 파견근무를 하고 회사자체적으로 인사관리를 하는 경우에는 일반 근로자로 볼 수도 있다. 따라서 가사사용인이라는 명칭에 구애됨이 없이 구체적인 업무내용을 가지고 판단하여야 할 것이다.

균등처우의 판단기준과 관련사례

I. 문제의 소재

최근 화제가 된 판결이 무기계약직으로 전환된 근로자들에게 일반 정규직과 다른 별도의 직군을 만들어 차별을 한 사안에서, 이를 사회적 신분에 따른 차별이라 판결하였다. 이 판결로 인하여 균등처우에 대한 관심이 높아지고 있다. 우리나라 헌법 제11조 1항은 “...누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 ... 모든 영역에서 차별을 아니한다”라고 규정하고 있다. 이와 관련하여 근로기준법도 균등처우 규정을 두고 ‘국적’을 추가하여 “성별, 국적, 신앙과 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”라고 규정하고 있다. 근로기준법 외에도 사회적 변화에 따른 차별금지 조항이 계속해서 추가되어 현재는 비정규직, 연령, 장애인, 외국인 등에 대한 차별금지 규정을 개별 법률로써 도입하고 있다.

그러면 차별금지에 대한 판단기준을 어떻게 보아야 하는가? 에 있어 법원은 차별적 처우란 ‘같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것’이라 정의하면서 다음의 두 가지 원칙을 제시하고 있다. 첫째, 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로써 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 업무집단에 속해 있어야 한다.⁴⁰⁾ 둘째, 같은 사업장에서 같은 직종에 근무하는 근로자 집단이라고 하더라도 근로의 내용, 근무형태 등 제반 여건을 고려하여 합리적인 기준을 정하여 차별하는 경우에는 정당한 차별로 인정하고 있다.⁴¹⁾ 이와

40) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결

41) 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다39063 판결

관련된 판단기준과 관련 사례를 다음과 같이 살펴보고자 한다.

II. 성별

1. 판단기준

성차별금지법은 헌법 제11조 1항에 명시되어 있으며, 헌법 제32조 4항에서 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다”고 구체적으로 기술하고 있다. 이를 현실적으로 반영하는 근로기준법 제6조에서는 성차별을 금지하고, 위반한 자에 대해 벌칙조항을 두고 있다. 특히 1987년에 제정된 남녀고용평등법에서는 성차별(제2조)을 아래와 같이 규정하고 있다.

첫째, ‘차별’이란 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족 안에서의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우이다.

둘째, 사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우를 포함한다. 즉, 기업문화에서 간접적인 차별도 성차별로 인정할 수 있다.

셋째, 차별에 대한 예외로서 ① 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우, ② 여성 근로자의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하는 경우, ③ 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 따라 적극적 고용개선조치를 하는 경우를 두고 있다. 이는 다른 성에 대한 역차별 문제를 사전에 배제하기 위한 것이다.⁴²⁾

2. 성차별금지의 내용

남녀고용평등법에서 성차별에 관한 구체적인 규정은 다음과 같이 요약된다. ① 모집과 채용에서 차별을 금지하고(제7조), 특히 사업주가 여성 근로자의 모집과 채용에서 그 직무에 필요하지 아니한 용모, 키, 체중 등의 신체적 조건, 미혼 조건 등을 제시하거나 요구 하여서는 아니 된다. ② 임금에서 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다(제8조). 동일 가치 노동의 기준은 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업 조건 등으로 한다. 여기서 판례가 말하는 ‘동일 가치 노동’이란 해당 사업내의 서로 비교되는 남녀의 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 그 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등을 통하여 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말하고 동일 가치의 노동인지 여부는 직무 수행에서 요구되는 기술, 작업 조건, 학력·경력·근속기간 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.⁴³⁾ ③ 임금 외의 금품으로 근로자의 생활을 보조하기 위한 금품의 지급 또는 자금의 융자 등 복리후생에서 남녀를 차별 하여서는 아니 된다(제9조). ④ 교육·배치 및 승진에서 남녀를 차별 하여서는 아니 된다(제10조). ⑤ 정년·퇴직 및 해고에서 남녀의 차별을 하여서는 아니 된다.

42) 임종률, 「노동법」, 제14판, 2016. 박영사, 374면.

43) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도3883 판결; 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010다101011 판결

특히 여성 근로자의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직 사유로 예정하는 근로계약을 체결 하여서는 아니 된다(제11조).

III. 국적

1. 판단기준

국적은 국적법상 지위를 말하며, 대한민국의 국적을 소유하지 않은 외국인근로자, 해외동포, 불법체류자 등을 대상으로 한 차별이 발생할 수 있다. 최근에 외국인근로자가 증가하면서 국적에 의한 차별이 주요 사회적 이슈가 되고 있다. 2003년도 8월에 제정된 '외국인근로자고용법'에서 “사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우 하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있지만(제22조), 이에 대해 처벌규정이 없고, 적용범위도 고용허가제와 관련된 비전문직 외국인 근로자에게만 적용되어 한계가 있다. 따라서 국적에 의한 차별은 근로기준법 제6조 “...국적을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”는 규정과 위반 시 관련 벌칙규정에 따른다고 할 수 있다. 다만, 차별에 합리적인 이유가 있는 경우에는 그 예외가 인정된다. 관련 행정해석은 “국적을 이유로 근로조건을 차별하는 것에 해당하는지의 판단은 근로조건에 대한 차별이 단순히 국적만을 이유로 한 것인지 여부와 차별의 대상인 근로조건에 대하여 임금, 근로시간 등 근로자 대우에 관한 일체의 요소를 전반적으로 고려하여 합리적인 기준에서 벗어난 차별이 있었는지 여부 등을 종합적으로 판단하여야 한다”는 입장이다.⁴⁴⁾

2. 차별 사례

국적에 의한 차별의 사례로 ① 헌법재판소는 “산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에는, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다”고 하여 근로기준법을 일부 적용하지 않는 것은 위헌이라고 판단하였다.⁴⁵⁾ ② A는 태국국적 외국인으로 산업연수 체류자격으로 입국하였으나, 체류기간을 초과하여 불법체류자로 근무하던 중에 부상을 입었다. A는 요양신청을 하였으나 공단은 A가 불법 취업한 외국인이라는 이유로 산재불승인을 하였다. 그러나 대법원은 불법체류는 단속의 대상임을 명백히 하고 있으나, 이미 제공된 사실적 행위의 노동에 대해서는 노동법의 보호가 있어야 한다는 취지에서 불법체류자도 산재보험이 적용된다고 판결하였다.⁴⁶⁾ ③ 서울과 경기도의 불법체류자로 구성된 외국인근로자들이 2005년 5월 3일 서울지방노동청에 노동조합 설립신고를 제출하였으나 불법체류자라는 이유로 거부당하였다. 이 노동조합 인정여부에 대해 장기간 법원에서 다툼이 있었으나 2015년 6월 25일 결국 대법원 합의제 판결에서 불법체류자들로 구성된 노동조합의 설립을 인정하였다.⁴⁷⁾

44) 행정해석 1994. 5. 25. 근지 68207-585.

45) 헌법소원 사건(산업연수생제도): 2007. 8. 30, 현재 2004헌마670

46) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결 (요양불승인처분취소)

47) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결(노동조합설립신고서 반려처분취소)

IV. 신앙

1. 판단기준

근로기준법은 신앙을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다고 규정하고 있다. 신앙을 이유로 한 차별은 특정의 종교, 종교적 신념, 정치적 세계관, 사회주의적 신조, 특정정당의 정치노선 등을 이유로 해당 근로자를 차별하는 것이다.⁴⁸⁾ 다만, 특정의 사상과 직접적으로 연결된 목적으로 수행하는 사업인 경향사업에 있어서는 그 사업목적에 반하여 행동하는 경우에는 차별적 처우를 허용하고 있다.

2. 차별 사례

관련 사례로 헌법재판소는 경향사업에 저촉되는 경우를 정당한 해고의 사유로 인정하고 있다. ① “사용자가 근로자를 해고함에 있어서 정당한 이유의 유무는 개별적 사안에 따라 구체적으로 결정될 일이지만 그 일반적 내용은 해당 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 계속 유지할 수 없을 정도의 이유, 즉 해당 근로자와의 근로관계의 유지를 사용자에게 더 이상 기대할 수 없을 정도의 것이 되어야 하는 것이다. 여기에는 업무에 대한 적성에 흠이 있거나 직무능력이 부족한 경우, 계약상의 노무급부를 곤란하게 하는 질병, ... 특정 신조나 사상과 밀접히 연관된 소위 경향사업(傾向事業)에 있어서 근로자가 이러한 경향성을 상실한 경우 등이 일반적으로 이러한 정당한 이유에 해당하는 것으로 인정되고 있다.”⁴⁹⁾

대법원도 경향사업에 반하는 근로자의 행위에 대해 정당한 해고로 인정하고 있다. ② “근로자에 대한 징계사유인 부동산투기행위가 근로자의 사생활에서의 비행에 불과하다고 할지라도, 택지의 개발과 공급, 주택의 건설 등을 통하여 시민의 주거생활의 안정과 복지향상을 목적으로 설립한 도시개발공사의 설립목적, 부동산보상 관련업무를 담당하는 근로자의 업무내용 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 도시개발공사 소속 근로자의 부동산투기행위는 객관적으로 그 공사의 사회적 평가에 심히 중대한 악영향을 미치는 것으로 평가될 수 있는 경우라고 할 것이다.”⁵⁰⁾

V. 사회적 신분

1. 판단기준

‘사회적 신분’이란 상당한 기간이 지나면서 형성된 지위로서 사회적 평가가 수반되고, 자신의 의사나 능력으로 피할 수 없는 사회적 위치를 말한다.⁵¹⁾ 판례는 “사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로서, 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력발휘에 의해서 회피할 수 없는 사회적 분류를 말한다”⁵²⁾ 고 판시하고 있다.

48) 김형배, 『노동법』, 제24판, 2015. 박영사, 239면.

49) 헌법재판소 2005. 3. 31. 결정, 헌재2003헌바12 선고(해고에 대한 정당한 이유의 해석).

50) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 (경향사업 관련 판결)

51) 임종률, 376면; 김형배, 240면; 하갑례, 『근로기준법』 제28판, 2016, 중앙경제, 79면.

52) 서울남부지법 2016. 6. 10. 선고 2014가합3505 판결(사회적 신분과 관련 판결).

2. 차별 사례

최근에 사회적 신분으로 인한 차별사건에 대한 판결이 나와 화제가 되고 있다. 그 내용은 다음과 같다. 해당 근로자들은 계약직 근로자로 입사해 업무직(무기계약직) 근로자로 전환이 됐다. 이들은 회사에서 일반직 근로자들과 달리 직급 승진도 적용 받지 못했다. 또 일반직 근로자들과 보수규정도 다르게 적용 받으며 주택수당, 가족수당, 식대 등 수당도 지급받지 못했다. 이에 근로자들은 이러한 차별은 근로기준법 제6조의 균등처우규정을 위반해 차별적 대우는 무효'라며 수당 지급을 청구했다. 이에 법원은 "직업 뿐 아니라 사업장 내의 직종, 직위도 사회적 평가를 수반하거나, 근로자 스스로의 의사나 능력으로 벗어날 수 없는 사회적 분류라면 사회적 신분이라 할 수 있다"고 판단하며 무기계약직을 '사회적 신분'으로 판단했다. 법원은 "보수규정만 달리 적용하고 있을 뿐, 무기계약직 근로자와 일반직 근로자들은 동일한 취업규칙, 인사규정을 적용 받고 있으며, ... 업무의 양과 질, 난이도나 회사에 대한 기여도가 무기계약직 근로자가 적다고 보기 어려운 점 등을 들어 ... 근로기준법 제6조를 위반했다"고 판단했다.

VI. 결론

근로기준법에서 언급한 성별, 국적, 신앙, 사회적 신분에 의한 차별은 별칙규정이 있고, 근로자는 고용노동부에 진정이나 고소를 통해 차별시정을 구할 수 있다. 근로자는 차별에 의한 불이익으로 인해 발생한 임금손실에 대해 소급해서 청구가 가능하다. 한편, 성별에 대한 차별금지에서 특히 주목해야 할 점은 모집과 채용단계에서도 차별금지 규정이 적용된다는 것이다. 또한 간접차별로 인해서 입사할 때 동일한 직급의 남녀사원 숫자가 고위 직책에서는 여성이 극소수를 차지하는 경우에는 간접 차별로 간주될 수 있다. 국적에 있어서도 차별금지조항은 근래 외국인의 증가로 인하여 사회적 이슈가 되고 있으며, 신앙을 이유로 한 차별에 있어서는 특정 종교 보다는 경향사업과 관련한 사례가 다수 발생하고 있다. 마지막으로, 사회적 신분을 이유로 한 차별에 있어서 최근 판례와 같이 비정규직을 무기계약직으로 전환하면서 별도의 직종을 두어 차별하는 경우에도 사회적 신분에 의한 차별에 해당된다.

기간제 근로자 사용기간 제한과 예외

I. 서론 (도입취지)

근로계약에 있어 사용기간을 가지고 분류할 때 3가지로 분류할 수 있다. 즉 1) 기간의 정함이 없는 계약, 2) 사업완료에 필요한 기간을 정한 계약, 3) 2년 이내의 단기간 근로계약이다. 비정규직 보호법이 시행된 2007년 7월 1일 이후부터는 기간의 정함이 없는 근로계약을 제외하고는, 그 계약기간을 2년 이내로 하고 근로계약이 갱신 반복하여 2년을 초과할 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약으로

전환된다. 따라서 사용자는 2년을 초과하는 시점에서 정규직으로 전환하든지 아니면 근로관계를 해지해야 한다.⁵³⁾

그 동안 수차례에 걸쳐 근로계약이 갱신 반복 되었어도 그 계약기간이 정해져 있는 이상 그 기간 만료로 근로계약이 종결되는 것으로 판단하였다. 현실에서 근로계약이 수차례 걸쳐 갱신반복 되어 기간의 정함이 없는 근로계약이 되기 위해서는 노동위원회나 법원을 통해 판단을 받아야 했다. 보통 판례에서는 5년 정도 근무하고 계약이 4번 갱신된 경우에 새로운 계약 갱신이 없는 경우에는 그 계약이 단절된 것으로 간주하고 있으며, 이와 다르게 6년 정도 근무하고 계약이 5번 정도 갱신된 경우에 새로운 계약 갱신이 없는 경우에는 그 계약이 무기계약직으로 전환된 것으로 보고 있다.⁵⁴⁾ 비정규직 보호법은 바로 이러한 계약기간에 대한 논쟁을 명확하기 하기 위해 사용기간을 2년으로 도입하였다. 그러나 기간제 근로자의 사용기간이 강행규정임에도 불구하고 사업의 특성, 업무의 특성, 다른 법과의 관계, 입법 정책적 고려에 의하여 사용기간에 대한 예외도 설정하였다.

다음에서는 사용기간의 제한과 사용기간의 예외에 대한 내용 및 그 취지에 대해 살펴보고자 한다.

II. 사용기간의 제한

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 (이하 “기간제법”) 제4조는 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 (기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로 한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제 근로를 사용할 수 있다.”고 규정하고 있다. 따라서 사용자는 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 없고, 2년을 초과할 시에는 정규직으로 고용된 것으로 간주된다. 즉 사용자는 근로자와의 근로계약기간이 2년을 초과하는 만료 시에 그 근로자를 정규직이나 무기계약직으로 간주하여 해고할 수 없다. 따라서 기간제법은 기존의 계약기간의 반복 갱신 등으로 인한 다툼에 대해 명확히 2년을 명시하여 더 이상의 혼란을 막고, 해당 근로자를 정규직으로 유도하고 있다. 기간제 근로자의 사용기간에 대한 제한을 둔 이유는 첫째, 기존의 근로계약의 갱신 반복으로 인한 법적 다툼을 명확히 법으로 정하는 것이고, 둘째로 명시한 2년의 기간이 정규직화를 유도하는 적절한 시기라고 판단하였기 때문이다.

기간제 근로자를 사용하는 경우, 외국의 경우에는 사용사유제한을 두는 경우가 있으나, 한국에서는 사용사유제한에 대해서는 아무런 규정이 없으며 대체로 기간제한을 두고 정규직화를 유도하고 있다.

III. 사용기간의 예외와 취지

1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우

건설공사 등의 일정한 시간이 걸리는 유기사업이라는 것이 객관적으로 명백하면, 비록 근로계약 기간이 2년을 넘더라도 그 사업이 끝나는 때까지의 기간을 정하여 근로계약을 체결하는 것이 인정된다. 이 경우, 원칙적으로 한시적이거나 1회성 사업의 특성을 갖는 경우로 한정된다고 보아야 한다. 이러한 사업완료나 특정한 업무의 완성이 필요한 사업이나 업무는 다음과 같다. 1) 건설공사현장근로, 2)

53) 참조: 기간제법 제4조(기간제 근로자의 사용)와 시행령 제3조(기간제 근로자 사용기간 제한의 예외)

54) 국가인권위원회의 “무기계약직 근로자 노동인권실태 실태조사” 2008.11

통계조사기간 동안의 임시조사원, 3) 한시적으로 수행되는 위, 수탁계약업무, 4) 3년 임기 비상근회장
비서업무 등이 있다.

2. 고령자와 근로계약을 체결하는 경우

「고령자고용촉진법」은 고령자 고용을 촉진하기 위해 제정된 것으로 고령자라고 함은 만 55세부터
말한다. 고령자를 사용하는 경우에는 그 근로계약의 사용기간의 적용을 제외하고 있다.

3. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우

1. 「건축사법」 제7조에 따른 건축사
2. 「공인노무사법」 제3조에 따른 공인노무사
3. 「공인회계사법」 제3조에 따른 공인회계사
4. 「관세사법」 제4조에 따른 관세사
5. 「변리사법」 제3조에 따른 변리사
6. 「변호사법」 제4조에 따른 변호사
7. 「보험업법」 제182조에 따른 보험계리사
8. 「보험업법」 제186조에 따른 손해사정사
9. 「부동산가액공시 및 감정평가에 관한 법률」 제23조에 따른 감정평가사
10. 「수의사법」 제2조제1호에 따른 수의사
11. 「세무사법」 제3조에 따른 세무사
12. 「약사법」 제3조에 따른 약사
13. 「약사법」 제4조에 따른 한약사
14. 「약사법」 제45조에 따른 한약업사
15. 대통령령 제14319호 약사법 시행령 일부개정령 부칙 제2조에 따른 한약조제사
16. 「의료법」 제5조에 따른 의사
17. 「의료법」 제5조에 따른 치과의사
18. 「의료법」 제5조에 따른 한의사
19. 「중소기업진흥 및 제품구매촉진에 관한 법률」 제46조에 따른 경영지도사
20. 「중소기업진흥 및 제품구매촉진에 관한 법률」 제46조에 따른 기술지도사
21. 「항공법」 제26조에 따른 사업용 조종사
22. 「항공법」 제26조에 따른 운송용 조종사
23. 「항공법」 제26조에 따른 항공교통관제사
24. 「항공법」 제26조에 따른 항공기관사
25. 「항공법」 제26조에 따른 항공사

박사 학위를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우, 2) 기술사 등급의 국가기술 자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우, 3) 국가에서 발행하는 25개 전문국가자격 소지자가 해당 분야에 종사하는 경우

박사학위 소지자, 기술사 소지자, 국가에서 발행하는 25개의 전문직 자격사의 경우에는 일반적으로 해당 분야의 전문적 지식과 기술을 갖춘 전문가로서 인식되고 있고, 그 전문가 집단 소속의 특성을 고려한 것이라 볼 수 있다. 기술사는 「국가기술자격법」에 따른 기술사 자격을 소지한 경우를 말하고, 전문자격사는 관련법에 의거하여 국가에서 인정하는 25개의 분야에서 자격을 갖춘 자를 말한다.

4. 다른 법령에서 별도의 기간을 정해져 있는 경우

- (1) 「계약직 공무원 규정」은 “계약직공무원의 채용기간은 5년의 범위 안에서 당해 사업의 수행에 필요한 기간으로 한다.”라고 규정하고 있다.
- (2) 「교육공무원임용령」과 「사립학교법」은 “기간제교원의 임용기간은 1년 이내로 하되, 필요한 경우 3년의 범위 내에서 그 기간을 연장할 수 있다.”라고 규정하고 있다.
- (3) 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」은 “외국인근로자는 입국한 날부터 3년의 범위에서 취업 활동을 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

5. 합리적인 사유가 있는 경우

- (1) 휴직, 파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우: 출산, 질병, 군 입대 등으로 인한 기존 근로자가 휴직하거나 장기 파견된 경우 당해 근로자를 대체하는 등이 해당된다.
- (2) 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우: 근로자가 자주적으로 직업능력을 개발하고자 하는 경우에는 근로계약기간을 예외로 하고 있다.

6. 입법 정책적 배려(비정규직보호법 도입 이후 기간사용제한 지속적 확대)

- (1) 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우 (2010. 7.12. 도입)
근로소득은 최근 조사한 고용형태별 근로실태조사의 대분류표에 의한 관리자, 전문가 및 관련 종사자 직업에 종사하는 자의 근로소득이 근로자 상위 100분의 25 (2010년 현재 48,855,000원)에 해당하는 경우에는 기간제로 근무 시에 사용기간 제한에 해당되지 않는다. 근로소득은 최근 2년간의 연평균 근로소득으로 한다.
- (2) 「고용정책기본법」, 「고용보험법」 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우
- (3) 「제대군인 지원에 관한 법률」 제3조에 따라 제대군인의 고용증진 및 생활안정을 위하여 일자리를 제공하는 경우
- (4) 국방부장관이 인정하는 군사적 전문적 지식, 기술을 가지고 관련 직업에 종사하거나 「고등교육법」 제2조 제1호에 따른 대학에서 안보 및 군사학과목을 강의하는 경우 (2010. 2. 4. 도입)
- (5) 특수한 경력을 갖추고 국가안전보장, 국방 외교 또는 통일과 관련된 업무에 종사하는 경우 (2010. 2. 4. 도입)

- (6) 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 다음 각 목의 업무에 종사하는 경우 (2010. 2. 4. 도입)
가. 「고등교육법」 제14조에 따른 조교의 업무: 나. 「고등교육법 시행령」 제7조에 따른 겸임교원, 명예교수, 시간강사, 초빙교원 등의 업무
- (7) 「근로기준법」 제18조 제3항에 따른 1주 동안의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간 근로자를 사용하는 경우
- (8) 「국민체육진흥법」 제2조 제4호에 따른 선수와 같은 조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우
- (9) 아래의 연구기관에서 연구업무에 직접 종사하는 경우 또는 실험, 조사 등을 수행하는 등 연구 업무에 직접 관여하여 지원하는 업무에 종사하는 경우 (2010. 2. 4. 도입)
가. 국공립연구기관: 나. 정부출연연구기관 또는 과학기술분야에 설립된 정부출연 연구기관: 다. 특정연구기관: 라. 지방자치단체가 설립한 연구기관: 마. 공공기관의 부설 연구기관: 바. 기업 또는 대학의 부설 연구기관: 사. 다른 법률에 따라 설립된 법인의 연구기관

IV. 결론

비정규직 보호법령이 시행된 이후 차별시정에 대해서는 엄격하게 적용되고 있지만, 사용기간 제한의 예외에 대해서는 그 범위와 대상이 점차적으로 확대되고 있다. 근로소득 상위 25% 근로자 제외, 학교의 임시직 교사나 대학교의 교원에 대한 특례적용, 다른 법에 기재된 사용기간에 대한 제외 등을 통해 점차적으로 예외를 확대하고 있기 때문에 비정규직 보호 대상자가 점차적으로 축소되고 있는 실정이다. 비정규직 보호법에서 2년의 사용제한 기간을 둔 것은 그 특정 보직에 기간제 근로자를 사용하는 경우 2년이 경과한 후에도 계속 필요한 경우 정규직으로 고용을 유도하기 위해서였다. 그런데 기간제 사용기간의 제한에 대한 예외가 점차적으로 확대된다고 하면 비정규직 보호법의 도입 취지를 달성할 수 없을 뿐만 아니라 비정규직 보호법으로서의 역할을 할 수 없을 것이다. 따라서 비정규직 보호라는 취지를 변경하지 않는 상태에서 각 사업의 특수성과 직업의 특성을 고려하여 최소한의 예외를 인정하는 선에서 기간제 근로자의 사용기간의 제한에 대한 예외를 인정하여야 할 것이다.

기간제근로자의 갱신기대권

I. 문제의 소재

우리나라의 비정규직 문제는 1997년도 IMF의 금융위기를 극복하고자 정리해고법과 파견근로법의 도입으로 무분별하게 비정규직 근로자를 사용하면서 발생하게 되었다. 기간제 비정규직 근로자 사용을 제한하고 가급적 정규직 사용을 유도하기 위해 비정규직 보호법인 『기간제 및 단시간 근로자 보호

등에 관한 법률』(이하 “기간제법”)이 제정되었다. 비정규직 보호를 위하여 2007년부터 시행된 기간제법은 기간제근로자를 최대 2년동안 사용할 수 있고, 이 기간을 초과할 경우 무기계약직으로 간주하도록 하고 있다(법 제4조). 이 규정은 기간제 근로자의 사용을 제한하고, 기간제 계약직원이 반복 갱신되어 2년 이상 근무할 경우 정규직화로 유도하여 고용불안을 해소하기 위해 도입되었다.

기간제법 제4조에는 분명히 2년 이내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있다고 규정화되어 있고, 2년 제한 규정의 예외대상을 별도로 정하고 있다. 갱신기대권은 기간제 근로계약에 갱신 조건을 가진 근로계약 등이 있거나, 기간제 근로자에게 갱신될 수 있다는 확신을 갖게 한 경우에는 기간제 2년 사용제한의 예외 대상인 전문직종 근로자나 고령자의 경우에도 모두 인정되고 있어, 사업 현장에서 혼란을 주고 있다. 따라서 이에 대한 구체적인 판단기준의 정립이 필요하다고 하겠다. 이에 대해 갱신기대권과 관련된 법령, 판례내용, 갱신거절의 합리적 사유에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

II. 기간제법의 기간제한(법 제4조)과 갱신기대권

1. 기간제법 제4조의 내용

기간제법 제4조는 기간제근로자의 사용기간을 2년으로 제한하고 있다.⁵⁵⁾ 그 이유는, ① 구 근로기준법 제16조에 근로계약기간을 정하는 경우는 1년을 상한으로 하고 있으나 기간을 정한 근로계약의 반복갱신을 통한 총 사용기간에 대하여는 아무런 제한이 없어서 사용자들이 1년 이내의 근로계약을 반복 갱신함으로써 근로기준법 제23조의 해고 제한 규정을 회피하는 수단으로 활용하여 왔고 이에 따라 기간제근로자의 규모가 증가하게 되었으며, ② 법원이 계약기간 만료 시 고용관계가 자동 종료 되는 것을 원칙으로 하되 근로계약이 수차례 반복 갱신된 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 해석하는 경우도 있으나, 그 경우 계약 관행, 당사자의 의사, 갱신에 대한 기대가능성, 직무특성 등 다양한 사정들을 고려함에 따라 실무상 근로자가 승소하기가 쉽지 않고 사례별로 일관성이 없다는 지적을 받아 왔기 때문에 이를 입법적으로 해결하는데 있다.⁵⁶⁾ 기간제법 도입 이후에는 근로계약이 수차례 반복되더라도 2년을 한도로 정하여 기간제를 사용할 수 있기 때문에 더 이상의 다툼이 없어지게 되었다. 다만, 기간제 근로계약 등에 있어 갱신에 대한 조건을 설정하였거나 그러한 규정이 없더라도 계약의 갱신에 대해 신뢰관계가 성립된 경우 인정되는 갱신기대권은 기간제법 도입 이후에도 계속 효력을 가지고 있다.

55) 기간제법 제4조【기간제근로자의 사용】 ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
2. 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
3. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
4. 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
5. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
- ② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

56) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해II」, 박영사, 2010, 17-18면.

2. 갱신기대권

갱신기대권은 기간제법에는 명시되어 있지 않으나, 판례에서 일관적으로 인정되어온 권리로 기간제법 제4조의 부속조항과 같은 역할을 하고 있다. ‘갱신기대권’이란 기간제 근로계약을 체결하였으나 근로자에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 경우 사용자가 ‘합리적 이유’ 없이 계약 갱신을 거절한다면 부당해고와 같이 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다는 판례법리이다.⁵⁷⁾

대법원은 “근로계약기간을 정한 경우 근로계약 당사자 사이의 근로계약은 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등의 별도의 조치를 기다릴 것이 없이 당연히 종료된다. 그러나 ① 예외적으로 당초 정해진 기간이 장기간에 걸쳐 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우,⁵⁸⁾ ② 근로계약이나 취업규칙으로 기간만료에도 불구하고 일정한 요건을 충족하면 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있는 경우나 ③ 그러한 규정이 없더라도 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 경우에는 근로계약 갱신거절은 계약기간만료에 의한 계약의 종결이 아니라 해고에 해당된다.”고 판시하고 있다.⁵⁹⁾ 기간제법 제정을 통해 원칙적으로 총 계약기간이 2년 한도로 법제화 되어 위의 ①의 문제는 어느 정도 해결되었다. 그러나 ②와 ③은 조건부 갱신, 갱신에 대한 기대권으로부터 발생하기 때문에 근로자와 사용자간에 분쟁이 발생하는 경우가 많다.

III. 갱신기대권이 인정된 이후 갱신 거절의 합리적 사유

1. 갱신거절의 합리적 사유

판례⁶⁰⁾는 “근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우 사용자가 이에 위반하여 합리적인 사유 없이 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다. 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제될 때에는 다음을 고려하여 판다. ① 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, ② 근로계약 체결 경위, ③ 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 그 운용 실패, ④ 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 여부 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정한지를 기준으로 판단하여야 한다. 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다.”라는 기준을 제시한다.

기간제 근로자의 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 하더라도 사용자가 그 계약을 갱신 거절하는 데에는 해고 제한의 기준인 정당한 이유보다는 완화된 기준인 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적 사유가 있으면 충분하다.⁶¹⁾ 왜냐하면 갱신기대권을 대체할 수 있는 합리적 사유를 제시하거나 갱신기대권이 소멸했다는 사실을 제시하면 될 것이기 때문이다.

57) 노길준, 「기간제 근로계약에 관한 연구」, 아주대학교 대학원(박사학위 논문), 2018, 37면.

58) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결.

59) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결; 대법원 2016.11.10. 선고 2014두45765 판결

60) 대법원 2017.10.12. 선고 2015두44493 판결.

61) 서울고등법원 2010.9.30. 선고 2009누36233 판결.

2. 갱신기대권 관련 사건 사례

(1) 계약갱신 거절에 합리적 사유가 없는 경우

- (i) 근로자 A는 2010년 10월26일 부터 2012년 10월25일 까지 2년을 기간으로 한 근로계약을 체결했다. A가 회사와 합의한 근로계약에 따르면, 근로계약 만료 1개월 전에 재계약할 수 있다는 내용이 포함되어 있다. 근로계약 만료 1개월 전인 2012.9.24 회사는 A에게 근로계약 만료일인 10월 25일자로 근로관계를 종료한다고 통보했다. 회사는 근로계약 해지사유로 '인사평가 결과가 좋지 않다'고 A에게 통보했다. 그러나 당시 회사의 인사평가 기준은 모호했고 객관성도 떨어졌다.⁶²⁾
- (ii) 회사는 실업자의 사회적 일자리 지원사업 등을 운영하는 재단법인이고, 근로자는 2010년 10월26일 입사하여 사회적 기업 설립지원팀장 등으로 근무하였다. 재단법인은 2012년 9월24일 근로자에게 2012년 10월25일에 근로계약 기간이 종료된다는 내용을 통보하였다. 회사는 계약만료 1개월 전, 인사평가를 통해 정규직 전환 여부를 판단하였고, 대상자 4명 중, 본 근로자만 정규직 전환에서 탈락하였다.⁶³⁾
- (iii) 서울시 시설관리공단이 계약기간을 1년으로 정하여 장애인콜택시 운행에 관한 위·수탁계약을 체결하고 장애인콜택시의 운행업무를 수행하던 운전자 갑 등에게 계약에서 정한 위탁기간이 만료되었음을 이유로 갱신계약 체결 대상자 선정을 위한 심사에서 탈락시켰다. 서울시의 장애인콜택시 운영계획에 계약기간을 1년 단위로 갱신하도록 하면서 그 취지가 부적격자의 교체에 있음을 명시하고 있고, 장애인콜택시 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없는 점, 위·수탁 계약에서 위탁기간 연장 규정을 두고 있는 점 등을 종합하면, 시설관리공단 소속 운전자들 에게는 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 본다.⁶⁴⁾

(2) 기간제 2년 한도의 예외직종의 경우에도 갱신기대권이 인정된 경우

- (i) 이 사건 원고(사내변호사)의 경우 근로계약을 기간의 정함이 없는 것으로 볼 수는 없으나, 원고가 5년간 4회에 걸쳐 근로계약을 갱신하면서 근무하였고, 방송국 운영을 위하여 상시적, 지속적으로 필요한 업무를 담당하였으며, 그동안 사내변호사들이 스스로 계속 근무를 희망하는 한 근로계약이 갱신되었다는 등의 사정이 있었다면 원고는 근로계약 갱신에 대한 합리적 기대권을 가진다.⁶⁵⁾
- (ii) 피고인 김천시는 2004년 12월1일부터 원고들을 교향악단에 비상임 단원으로 위촉해 2년 단위로 위촉계약을 체결하고, 기간만료까지 정기평정을 통해 수 차례 재 위촉해 왔다. 그런데 김천시는 갑자기 2011년 1월 위촉기간 만료 후 원고를 재 위촉하지 않았다. 김천시는 최종 위촉계약 만료 전 신규전형을 통해 단원 선발을 결정하고 2011년 11월 김천시 시립예술단 모집공고를 냈다. 그리고

62) 대법원 2016.11.10. 선고 2014두45765 판결: 인사평가의 객관성이 없기 때문에 부당해고로 인정

63) 서울고등법원 2014.11.6. 선고 2013누53679 판결: 기간제 계약기간이 만료되는 시점에서 인사평가를 통해 정규직 전환여부를 평가함. 근로자는 갱신기대권을 가졌고, 회사는 평가에 공정성이 없었다.

64) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729판결: 1년 단위로 재 계약하는 상시 업무인데, 회사는 인사평가를 통해 계약 갱신을 거부하였다. 이에 대해 인사평가의 공정성과 객관성이 없었다.

65) 서울중앙지방법원 2012.4.19. 선고 2011가합21933 판결: 기간제법 제4조의 기간제 2년의 한도에 예외적인 전문직도 갱신기대권에 적용된다는 판례임.

원고들에게 해당 신규전형에 응시하도록 했다. 공통응시자격요건에 ‘공고일 현재 주소가 대구, 경북으로 되어 있는 자’가 추가 됐다. 이로 인해 당시 주소가 서울, 밀양, 부산이던 원고들이 응시자격을 갖추지 못하였기 때문에 불합격했고, 김천시는 갱신을 거부하였다.⁶⁶⁾

- (iii) 골프장 S사는 원고들과 2011년 10월 근무기간을 1년으로 하는 근로계약을 체결하였고, 이후 2014년 2월까지 새로운 근로계약을 체결하지 않은 채 골프장 코스관리팀 사원으로 일하였다. S사의 정년은 만 55세였는데, 원고들은 기간제 근로계약을 체결하기 전이나 계약기간 중에 이미 정년에 도달한 상태였다. S회사는 2014년 3월 원고들과 다시 근무기간을 1년으로 정하는 근로계약을 체결했는데, 이듬해인 2015년 1월 원고들에게 계약기간이 2월에 만료된다고 통보하였다. 원고들에게는 정년이 도과하여 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수는 없다고 하더라도 근로계약이 갱신되리라는 기대권이 인정된다고 봄이 상당하고, 그 갱신거절의 정당한 이유를 찾아볼 수도 없으므로 이 사건 근로계약 종료는 부당해고에 해당한다고 판시하였다.⁶⁷⁾

(3) 갱신기대권이 성립되지 않는 경우

- (i) 원고들은 2008년 6월19일 국민권익위원회에 계약기간을 2008년 12월31일까지로 하여 상근전문위원으로 채용되어 근무하다가 2008년 12월 경 다시 계약기간을 2009년 1월1일부터 2009년 12월 31일까지로 하여 전문자문위원으로 근무하였고, 동년 12월31일 계약기간 만료로 퇴직하였다. 국민권익위원회가 해당직군 채용공고를 내면서 ‘공공기관 비정규직 근로자 등에 관한 규정에 따라 무기계약 전환대상자는 아님’ 이라고 공고한 사실이 있기 때문에 갱신기대권이 없다.⁶⁸⁾
- (ii) 현대자동차는 기간제 근로자를 채용하면서 짧게는 2주일에서 많게는 6개월 단위로 14회에 걸쳐 근로계약을 반복하여 사용하다가 2년이 되는 시점에서 계약만료를 통보하고 2015년 1월31일에 계약갱신을 하지 않았다. 이에 대해 법원은 기존의 다른 기간제 근로자가 정규직으로 변경된 전례가 없었고, 업무가 상시적 계속적으로 필요하지만 정규직 근로자의 업무공백을 메우기 위한 한시적 업무로 판단하여 갱신기대권을 인정하지 않았다.⁶⁹⁾

V. 결론

기간제 근로계약의 갱신에 대한 조건을 제시한 근로계약의 문구 등이 있거나, 갱신될 수 있다는 신뢰관계를 형성하는 경우, 상시 지속적 업무의 경우에는 기간제 근로계약을 체결하였다고 하더라도 갱신기대권이 인정된다. 특히, 기간제법의 예외 대상인 전문직 근로자, 정년 이후의 근로자 등의 경우에도 갱신기대권이 성립할 수 있으므로, 상시 지속되는 업무는 가급적 정규직으로 활용하고, 일시적인 업무나 갱신기대권이 성립하지 않는 업무에 한해서 기간제 근로자를 고용하여야 할 것이다.

66) 대법원 2017.10.12. 선고 2015두44493 판결: 기간제법 제4조의 적용제외대상의 경우에도 갱신기대권을 인정한 판결이다.

67) 대법원 2017.2.3. 선고 2016두50563 판결.

68) 서울고등법원 2011.8.18. 선고 2011누9821 판결.

69) 서울행정법원 2016.10.20. 선고 2015구합71068 판결.

단시간근로자의 근로조건

I. 문제제기

2014년 스웨덴 가구업체 IKEA는 한국에 진출했을 당시 현장직원 대부분을 1일 4시간의 정규직 단시간근로자로 모집하면서 우리나라 사회에 큰 충격을 주었는데 그 이유는 이들을 사용하면서 더 나은 생산성을 유지할 수 있었기 때문이다. 그 동안 우리나라는 단시간근로자를 정규직근로자로 사용하는 경우가 아주 드물며 주로 서비스업종의 영세한 사업체에서만 알바, 임시직 또는 저임금의 근로자로 사용하고 있었기 때문이다. 우리나라 전체근로자중 단시간근로자 비율은 2014년기준 0.8%인 반면, 네덜란드는 37.2%, 영국은 24.9%, 독일 22.1%이며, 일본의 경우도 27%에 이르고 있다.⁷⁰⁾ 우리나라의 입법례나 외국의 입법례를 살펴보면 시간제근로자는 통상근로자에 비해 1주의 소정근로시간이 짧다는 사실과 그 짧은 근로시간만큼 근로조건이 비례적용 된다는 점에서 차이가 없다.⁷¹⁾

사실상 단시간근로자에 대한 근로조건만 제대로 지켜진다면 정규직근로자의 일자리도 단시간근로로 나눠 일을 공유하면, 더 많은 고용을 창출하면서도 더 큰 생산성을 기대할 수 있다. 특히 경력이 단절된 여성인력과 고령자를 노동시장으로 끌어들이 수 있을 것이다. 이하에서는 단시간근로자 보호를 위하여 단시간근로자의 (i)개념, (ii)법정 근로조건, (iii) 차별적 처우의 금지에 대해 구체적으로 살펴보려고 한다.

II. 단시간근로자의 개념

“단시간근로자”란 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다(근로기준법 이하 ‘근기법’ 제2조). 즉, 통상근로자의 1주 소정근로시간이 40시간이라면, 1일 8시간씩 1주 4일 근무한 경우에도 1주 근로시간이 32시간이 되기 때문에 단시간근로자에 속한다.

단시간근로자의 개념은 (i) 1주 기준, (ii) 소정근로시간, (iii) 통상근로자의 근로시간이 포함된 내용이다.

- (i) 1주의 기준은 매주 근로시간이 일정한 경우에는 그 주의 근무시간이 되지만, 각 주마다 근무시간이 일정하지 않은 경우에는 4주를 평균하여 1주의 근로시간을 산정한다(근기법 제18조).
- (ii) 단시간근로자의 1일 소정근로시간 수는 4주 동안의 소정근로시간을 그 기간의 통상 근로자의 총 소정근로일 수로 나눈 시간 수로 한다.⁷²⁾ 즉, 통상근로자의 4주 기간 동안의 총 소정

70) 고용노동부·노사발전재단, 「시간선택제 일자리 도입과 운영안내서」, 2013년.

71) 김형배, 「노동법」, 제24판, 박영사, 2015년, 1287면.

72) 근로기준법 시행령 제9조, [별표 2]

근로일수에 따라 산정이 달라질 수 있다. 소정근로시간은 법정근로시간⁷³⁾에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말하므로 소정근로시간은 법정근로시간과 같거나 작아야 한다(근기법 제2조).

구체적인 예를 가지고 1일 소정근로시간을 계산해보자면, ① 월요일부터 금요일까지 매일 6시간을 근무하고 통상근로자가 주5일을 근무하는 경우: $(30\text{시간} \times 4\text{주}) / (5\text{일} \times 4\text{주}) = 6\text{시간}$ 이 된다. ② 그러나 동일한 근로시간을 근무하더라도 통상근로자가 주6일을 근무하는 경우: $(30\text{시간} \times 4\text{주}) / (6\text{일} \times 4\text{주}) = 5\text{시간}$ 이 된다.

- (iii) 통상근로자의 기준은 『기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률』(이하 “기단법”) 제2항은 “당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자”로 하고 있고, 법원은 이에 대해 비교대상근로자로 선정된 근로자의 업무가 단시간근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 하여 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들을 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보고 있다.⁷⁴⁾

III. 단시간근로자의 법정 근로조건

단시간근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다(근기법 제18조). 즉, 단시간근로자도 근로기준법상 제 규정을 모두 적용 받지만, 법정휴일이나 휴가에 있어서는 통상근로자의 근로시간 비례원칙이 적용된다.⁷⁵⁾

1. 근로계약과 취업규칙

- (i) 근로계약: 단시간근로자의 근로계약은 서면으로 작성하고 교부해야 한다. 이를 위반하는 경우에는 과태료 500만원이 부과된다(기단법 제17조, 제24조). 근로계약에 필수적으로 포함되어야 하는 사항은 ① 근로계약기간에 관한 사항, ② 근로시간·휴게에 관한 사항, ③ 임금의 구성항목·계산방법 및 지불방법에 관한 사항, ④ 휴일·휴가에 관한 사항, ⑤ 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항, ⑥ 근로일 및 근로일별 근로시간이다. 근로계약 작성의무를 엄격하게 구속하는 이유는 장차 근로기준법의 위반 분쟁을 사전에 예방하기 위함이다.
- (ii) 취업규칙: 사용자는 단시간근로자에게 적용되는 취업규칙을 통상근로자에게 적용되는 취업규칙과 별도로 작성할 수 있다. 취업규칙을 작성하거나 변경하고자 할 경우에는 적용대상이

⁷³⁾ 근기법 제50조는 1주 40시간, 1일 8시간; 제69조(연소자의 근로시간)는 1일 7시간, 1주 40시간; 산업안전보건법 제46조(유해위험한 근로자의 근로시간) 1일 6시간, 1주 34시간.

⁷⁴⁾ 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결.

⁷⁵⁾ 그 자세한 내용은 근기법 및 근기법 시행령 제9조, [별표 2]), 기단법, 최저임금법 등에 따라 정리함.

되는 단시간근로자 과반수의 의견을 들어야 하며, 이를 단시간근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 단시간근로자 과반수의 동의를 받아야 한다(근기법 제94조). 이는 사용자가 일방적으로 단시간근로자의 근로조건을 저하시키는 것을 예방하기 위한 법적 취지이다.⁷⁶⁾

2. 임금

- (i) 단시간근로자의 임금산정 단위는 시간급을 원칙으로 하며, 시간급 임금을 일급 통상임금으로 산정할 경우에는 1일 소정근로시간 수에 시간급 임금을 곱하여 산정한다.
- (ii) 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하고, 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다(근기법 제43조).
- (iii) 단시간근로자의 계속근로연수 1년에 대해 30일분의 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급해야 한다. 이 경우 평균임금이 통상임금보다 적으면 그 통상임금액을 퇴직금으로 지급해야 한다(근기법 제2조). 또한 단시간근로자의 퇴직금제도를 설정함에 있어서 통상근로자의 퇴직금제도에 차등을 두어서는 아니 된다.
- (iv) 단시간근로자의 비교대상근로자가 없는 경우에도 최저임금법에 따른 최저임금 이상을 지급해야 한다.

3. 근로시간

- (i) 단시간근로자의 소정근로시간은 엄격하게 보호되고 있다. 사용자는 단시간근로자에 대하여 소정근로시간을 초과하여 근로하게 하는 경우에는 당해 근로자의 동의를 얻어야 하며, 이 경우에도 1주 소정근로시간에 12시간을 초과하여 근로하게 할 수 없다고 명시하고 있고 소정근로시간을 초과하여 연장근로를 하는 경우에는 법정근로시간(1일 8시간, 1주 40시간) 이내에도 불구하고 그 초과근로에 대한 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다. 근로기준법의 경우 법정근로시간을 초과하는 연장근로에 대해서만 통상임금의 100분의 50 이상의 가산임금을 지급하지만, 단시간근로자의 경우에는 소정근로시간을 초과할 경우에도 가산임금의 지급을 규정하고 있다(기단법 제6조).
- (ii) 단시간근로자도 취업규칙에 명시된 휴일근로에 대해 100분의 50을 가산해서 지급하고, 8시간을 초과하는 휴일근로에 대해서는 100분의 100을 가산한다(근기법 제56조).
- (iii) 단시간근로자가 오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이 야간근로를 하는 경우에는 100분의 50을 가산한 임금을 지급해야 한다(동법 제56조).

4. 휴일과 연차유급휴가

단시간근로자의 휴일과 연차유급휴가는 통상근로자의 근로시간 비례원칙에 따라 동일하게 적용된다.

- (i) **휴일:** 1주에 평균 1회 이상의 유급휴일을 보장하여야 한다. 1일의 소정근로시간을 유급으로 주어야 한다. 시간급으로 임금을 계산할 경우에는 유급 주휴수당을 추가적으로 계산하여

⁷⁶⁾ 대법원 1990.5.28, 선고 90다19647 판결.

지급해야 한다. 다만, 주말 근무나 휴일을 대체하기 위해 채용된 단시간 근로자의 경우에는 주말이 아닌 날에 주휴일을 유급으로 주어야 한다.

① 월요일부터 금요일까지 매일 6시간, 통상근로자는 주5일 근무하고, 시간급 1만원인 경우: $[(30\text{시간} \times 4\text{주}) / (5\text{일} \times 4\text{주}) = 6\text{시간}]$ 이 되므로 $[6\text{시간} \times 1\text{만원} = 6\text{만원}]$ 이 된다. ② 그러나 통상근로자가 주6일을 근무하는 경우: $[(30\text{시간} \times 4\text{주}) / (6\text{일} \times 4\text{주}) = 5\text{시간}]$ 이 된다. $[5\text{시간} \times 1\text{만원} = 5\text{만원}]$ 이 된다.

- (ii) **연차유급휴가:** 사용자는 단시간근로자에게 연차유급휴가 횟수를 통상근로자와 같이 동등하게 부여하여야 한다. 이 경우 연차유급휴가는 시간단위로 계산하고, 1시간 미만은 1시간으로 본다. 또한 근속년수 1년 미만자의 월차유급휴가의 경우에도 매월 1일의 소정근로시간을 월차유급휴가로 주어야 한다. 단시간근로자의 연차휴가부여의 기준은 다음과 같다.

$$\text{통상근로자의 연차휴가일수} \times \frac{\text{단시간근로자의 소정근로시간}}{\text{통상 근로자의 소정근로시간}} \times 8\text{시간}$$

단시간근로자가 주20시간 근무하는 경우, “ $15\text{일} \times (20\text{시간}/40\text{시간}) \times 8\text{시간} = 60\text{시간}$ ”이다. 즉, 1일 연차유급휴가로 4시간이 보장되어야 한다.

- (iii) **산전후휴가:** 사용자는 임신중인 단시간 여성근로자에 대하여 출산 전과 출산 후를 통합하여 90일의 출산전후휴가를 부여하여야 한다. 이 경우 출산전후휴가 중 최초 60일은 유급으로 한다. 단시간근로자의 시간급에 1일의 소정근로시간을 곱하고 이에 60일을 곱한 금액을 ① 산전후 유급수당으로 사업주로부터 지급받고, 나머지 30일분은 고용보험법에서 정한 바에 따라 ② 산전후휴가급여를 지급받을 수 있다. (근기법 제74조). A의 시간급이 10,000원이고, 1일 소정근로시간이 5시간인 경우 ① 산전후휴가 유급수당은 $10,000\text{원} \times 5\text{시간} \times 60\text{일} = 3,000,000\text{원}$ 이고, ② 산전후휴가급여는 $10,000\text{원} \times 5\text{시간} \times 30\text{일} = 1,500,000\text{원}$ 으로 계산된다.

IV. 차별적 처우의 금지와 적용의 제외

1. 차별적 처우의 금지

사용자는 단시간근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다. 취업규칙과 근로계약에 따라 각종 수당 등을 지급하여야 하고, 통상근로자와 차별을 하여서는 아니된다는 것이다. 차별적 처우의 대상은 ① 임금⁷⁷⁾, ② 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, ③ 경영성과에 따른 성과급, ④ 그 밖의 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항이다(기단법 제2조). 차별에 대한 구제신청은 노동위원회를 통해 할 수 있으며, 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)로부터 6개월 이내에 제기하여야 하며 절차는 부당해고 구제신청사건에 준한 절차와 같다(기단법 제8조, 제10조 내지 제15조). 사용자는 단시간근로자가

⁷⁷⁾ 근기법 제2조: “임금”이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.

차별시정을 신청한 것을 이유로 그에게 불리한 처우를 하지 못한다(동법 제16조). 사용자가 노동위원회의 시정명령을 정당한 이유없이 이행하지 아니한 경우에는 1억원 이하의 과태료에 처한다(동법 제24조)

2. 단시간근로자의 적용제외

4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 ①주휴일(제55조), ②연차유급휴가(제60조), ③월차유급휴가(제60조), ④퇴직금(제34조), ⑤ 4대보험 중 산재보험을 제외한 고용보험, 국민연금, 국민건강보험이 적용되지 않는다.

사용자가 1주 소정근로시간을 14시간으로 정하고 추가로 매일 2시간씩(5일) 고정연장근로를 하는 것으로 근로계약을 체결한 경우, 노동부는 '필요에 따라 연장근로를 실시하기로 정했다고 보기는 어려운 점 등으로 보아 달리 볼 사정이 없는 한(고정연장근로를 포함한 시간이) 당사자간 근로하기로 미리 정한 근로시간'이라며 해당근로자는 퇴직금 지급 대상이라고 판단했다. 다만, 고정된 연장근로가 아니라 그때그때 일시적 필요에 따라 당사 합의로 연장근로가 이루어졌다면 소정근로시간에서 제외할 수는 있을 것이다.⁷⁸⁾

V. 결론

단시간근로자에 근로조건이 상대적으로 열악한 이유는 차별적 처우에 대한 당해 사업장에 종사하는 동종근로자를 찾기가 어렵기 때문이다. 단시간근로자의 차별적 처우로부터 보호하기 위해 비교대상근로자에 대한 확대가 필요하다.⁷⁹⁾ 이와 함께, 5인 미만 사업장의 경우에는 차별적 처우 자체가 적용되지 않고 있고, 연장근로, 야간근로, 휴일근로가 적용되지 않기 때문에 노동법의 보호 사각지대라고 할 수 있다. 따라서 단시간근로자의 적극적인 활용을 위하여서는 차별적 처우 개선을 위한 비교대상근로자의 확대와 5인 미만 사업장의 근로기준법 적용을 점진적으로 확대해 나가야 할 것이다.

수습기간중의 해고

I. 원칙

일정한 수습기간을 두고 고용된 시용근로자라고 할지라도 그에 대한 해고에 있어서는 근로기준법 제 27조 소정의 '정당한 이유'가 있어야 한다 (1999.02.12, 서울행법 98구 15558)

일정한 수습기간을 두고 고용된 시용근로자라고 할지라도 정식으로 채용된 경우와 마찬가지로 근로

⁷⁸⁾ 근로기준법-5085, 2009.12.1.

⁷⁹⁾ 박귀천, "단시간근로자에 대한 법적 쟁점", 「노동리뷰」, 2008년 2월호, 한국노동연구원, 25면.

계약관계는 성립한 것은 틀림이 없으므로 그에 대한 해고에 있어서도 근로기준법 제27조 소정의 '정당한 이유'가 있어야 한다. 다만, 시용근로제도는 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서서 정식채용을 전제로 하여 당해 근로자의 업무적격성 및 일반적격성 등 당해 직업과 관련된 능력 등을 판단하기 위하여 시용기간을 두는 것으로서, 그 수습기간 종료 후의 정식채용 여부 또는 수습기간 중의 해고에 관하여는 통상의 근로자에 대한 해고와 동일한 기준에 따라야 한다고 볼 수는 없고, 업무적격성이나 일반적격성에 대한 부정적 평가로 인하여 정식채용을 거부하거나 해고할 만한 합리적 이유가 있을 때에는 그 해고 또는 정식채용의 거절이 가능하다고 할 것이고, 이러한 측면에서 시용근로제도는 해고의 규제를 어느 정도 완화하는 기능이 있다고 보지 않을 수 없다(1994.1.11 대법 92다 44695, 1987.9.8 대법 87다카 555 등 참조).

수습기간 중인 근로자의 해고의 정당성 (2006.08.04, 근로기준법-4040)

근로기준법 제30조에 의해 사용자는 정당한 이유 없이 근로자를 해고할 수 없으며, 해고의 정당한 이유가 있는지는 사회통념상 당해 근로자와의 계속적인 근로관계 유지를 기대할 수 없을 정도의 사정이 있는지에 따라 개별적·구체적 사안별로 판단하여야 하는 것임. 다만, 수습사용기간은 당해 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관하여 그 능력 등을 평가하여 본채용 여부를 결정하기 위한 기간으로서 해고를 정당시할 수 있는 이유의 범위가 정상근로자의 경우보다 넓다.

수습근로자라 하더라도 정당한 이유없이 해고 등의 징벌을 하지 못하나 그 정당성의 범위는 일반근로자에 비해 넓다고 할 것이다 (1990.11.12, 근기 01254-15636)

수습근로자라 하더라도 근로기준법 제27조에 따라 정당한 이유없이 해고 등의 징벌을 하지 못하나 그 정당성의 범위는 일반근로자에 비해 넓다고 할 것임. 다만, 수습기간은 업무의 성격 등을 고려하여 합리적인 기간이어야 하고 이를 부당하게 장기화 할 경우 그러한 계약은 사회통념 등을 고려할 때 그 효력이 없으며, 수습기간이 3개월을 초과할 경우 동법 제27조의 2에 규정된 해고예고의 적용을 받게 된다.

II. 정당한 해고

수습기간 중인 근로자를 업무실적 저조, 근무태도 불성실, 직원들과의 융화 결여 등을 이유로 채용 거절한 것은 정당하다 (2005.03.22, 서울행법 2004구합 30122)

참가인 근로자는 원고회사에 6개월의 시용기간을 정한 수습직원으로 입사했다. 그러나 참가인은 수습으로 근무하는 동안 다른 수습직원에게 비해 업무실적이 현저히 저조하고, 근무태도가 불성실했으며 동료직원이나 상급자 및 관련업체 직원들과도 제대로 융화하지 못한 점, 이러한 구체적 자료를 기초로 팀장이 참가인에 대해 낮은 근무평가를 하였고 그에 대한 검증과 인사위원회의 심의를 거쳐 참가인에 대한 채용거절이 이루어진 점 등을 고려할 때 이 사건 채용거절이 사회통념상 합리성을 일탈한 부당해고라고 볼 수 없다.

수습근로자에 대한 본 채용 거부는 정당하다 (2001.07.02, 중노위 2001부해199)

관광호텔의 당직지배인이 출근점검을 하는 관리이사에게 폭언, 협박한 사실에 대해 근로자로서 계속근로가 부적당하다고 판단, 취업규칙에서 정한 수습기간을 적용하여 본 채용을 거부한 것은 근로계약상 유보된 해약권을 행사한 것이라 할 것이고, 이는 본래 수습기간을 둔 목적에 비추어 사회통념상 객관적이고 합리적이어서 정당하다고 할 것이다.

이력서에 지역노조 재임 사실을 기재하지 않은 수습사원의 채용거부는 정당하다 (2001.06.08, 중노위 2001부해144)

수습근로자인 피신청인이 입사시 제출한 이력서에 서울동부지역금속노동조합 교육선전부 차장으로 재임하고 있는 사실을 기재하지 아니하여 신청인 회사가 고용하려고 하는 피신청인에 대한 전인격적인 판단을 그르치게 한 것과 불성실한 근무태도를 사유로 피신청인을 근무부적격자로 보아 신청인이 피신청인에 대하여 한 본 채용 거부는 합리적인 이유가 있고 사회통념상 상당한 것으로 보여진다

수습사용중에 있는 근로자에게 근무태도 불량을 이유로 한 해고조치는 정당하다는 사례 (2000.08.11, 중노위 2000부해282)

신청인(사용자)은 피신청인(근로자)이 수습사용중에 있으면서도 반찬의 소요량을 제대로 파악하지 못하여 반찬이 남거나 부족하게 됨으로써 고객으로부터 항의를 받았으며, 이러한 일로 상급자인 주방장이 주의를 주면 이에 반항하고 직장질서를 문란시키는 등 근무태도 불량을 사유로 해고조치 하였음은 정당한 인사권행사로 볼 수 있다

성실의무를 다 하지 아니한 수습 근로자에 대한 징계해고는 사용자의 정당한 인사권 행사이다 (2000.01.21, 중노위99부해626)

택시회사에 수습기간 중에 있는 운전기사가 회사 상사의 지시에 대하여 언쟁을 하고 지각을 하는 등 근로자로서의 성실의무를 다하지 아니하여 징계해고한 것은 사용자의 정당한 인사권의 행사이다

해고처분의 근거로 삼은 수습기간 중의 종합평가가 주관적인 평가부분이 다소 없지 아니하나 평가결과 자체의 인정을 좌우할 수 있는 정도에 이르지 아니하므로 정당한 해고라고 본 사건. (1999.04.08, 중노위99부해64)

신청인에 대한 해고처분의 근거로 삼은 수습기간중의 종합평가는 주관적인 평가부분이 다소 없지 아니하나 평가결과자체의 인정을 좌우할 수 있는 정도에 이르지 아니하고, 신청인은 피신청인회사가 평가내용을 사후에 조작하였다고 주장하나 이를 입증하기 어려워 정당한 해고라고 판정한 사건.

취업규칙에 따라 근무태도가 불량한 수습근로자를 징계절차 없이 해고한 것은 정당하다 (1998.03.16, 중노위 97부해329)

입사일로부터 3개월간을 수습기간으로 정하고 근무중이던 신청인이 그간에 근무태도가 불량하여 피신청인이 수습중인 신청인을 징계절차 없이 본채용을 거부한 것은 정당하다

III. 부당한 해고

수습기간중에 있는 근로자라 하더라도 2개월 여의 단기간 내에 수주실적이 없다고 하여 업무적격성 결여를 이유로 해고한 것은 부당하다 (2004.01.16, 서울지법 2003가합 45613)

피고 회사는, 피고 회사 인사관리규정에 의하면 신입 또는 경력으로 입사한 자는 입사후 2개월 간의 수습기간을 가지되 수습기간 중 업무수행능력, 자질, 기타 업무적격성이 결여된 것으로 인정되는 자에 대하여는 채용을 취소할 수 있도록 정하고 있는데, 원고의 경우 주식회사 ○○ 및 그 계열사로부터 SI사업을 수주해 줄 것을 기대하고 그를 영입하였으나, 수주 실적이 없는 것은 물론 수주를 위한 노력마저도 기울이지 않아 업무적격성이 결여되어 있다는 판단 아래 위 인사관리규정에 따라 수습 채용을 취소하면서 원고에 대한 퇴임발령을 한 것이라는 취지의 주장도 하나, 설령 원고가 수습기간 중에 있는 근로자였다고 하더라도, 2개월 여의 단기간 내에 수주실적이 없다고 하여 원고의 업무적격성이 결여되어 있었다고 인정하기는 어렵다고 할 것이고, 그밖에 원고에 대한 퇴임발령을 정당화할 만한 합리적인 사유가 있었다는 점을 인정할 증거도 없으므로, 피고 회사의 이 부분 주장 또한 받아들이지 아니한다. 결국, 이 사건 해고처분은 정당한 이유 없이 이루어진 것이어서 무효라고 할 것이다.

수습평가 결과가 정식 채용을 거부할 정도로 객관적·합리적 이유가 없는 이상, 정식 채용 거절은 유보해약권을 남용한 부당해고이다 (2002.08.27, 서울행법 2002구합7210)

원고회사는 창사 이후 공개채용에 의해 선발한 수습사원을 채용취소 한 적이 한번도 없었고, 참가인들 등 수습사원들에 대하여 수습평가의 기준과 방법 등이 제대로 공고되거나 교육되지도 않은 것으로 보이며, 수습사원평가표에 의한 계량화된 수습평가제도 자체가 수습기간 만료 월인 2001.6.7 수립되어 수습기간 동안 위 평가표에 의한 지속적인 평가가 이루어져 온 것으로 보기에 부족한 측면이 있는 점 등의 제반 사정을 종합하여 보면, 비록 참가인들이 수습평가 결과 채용취소가 가능한 미 등급을 받았다 할지라도, 사회통념상 참가인들의 직업적 능력이나 업무적격성에 대한 부정적 평가로 인하여 정식 채용을 거부할 정도로 객관적이고 합리적인 이유가 있다고는 판단되지 않는다. 그러므로 원고가 참가인들의 정식채용을 거절한 것은 유보해약권을 남용한 것으로서 부당해고에 해당한다.

근로계약에서 사용기간이 적용된다고 명시하지 않는 이상 정식사원으로 채용된 것으로 보아 사용계약의 해지가 아닌 해고이다 (1999.11.12, 대법 99다30473)

피고가 원고와의 근로계약에서 시용기간을 적용할 것인가 여부를 명시하지 아니한 이상 원고는 시용근로자가 아닌 정식 사원으로 채용된 근로자라고 인정된다고 할 것이므로 원고에 대한 해고가 정식근로자에 대한 해고로서 정당한 사유가 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다.

시용기간중의 근무능력 및 태도 등에 대한 어떠한 평가도 없이 단지 입사서류의 하자를 들어 보완할 수 있는 기회를 주지 않은 채 곧바로 채용 취소는 정당하지 않다 (2002.08.22, 경북지노위 2002부해104)

시용 근로제도는 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서서 정식채용을 전제로 하여 당해 근로자의 직업적 능력을 판단하기 위하여 시용기간을 두는 것으로서 확정적인 근로계약의 체결 여부를 일정 정도 보유하는 제도이기 때문에 해고규제를 완화하는 기능이 있기는 하나, 일정한 수습 기간을 두고 고용된 시용 근로자라고 할지라도 정식으로 채용된 경우와 마찬가지로 근로계약관계는 성립한 것임에는 틀림이 없으므로 그에 대한 해고에 있어서도 근로기준법 제30조 소정의 '정당한 이유'가 있어야 한다.

수습기간이 정해지지 않은 상태에서 추상적인 사유를 이유로 해고한 것은 인사권 남용이다 (2002. 07.25, 중노위 2002부해288)

신청인은 인터넷 채용광고를 통해 경력사원으로 피신청인을 채용했고 면접당시 구두로 3개월의 수습기간을 통보했다고 하나 입증할 만한 증거가 없다. 또 신청인은 해고사유에 대해 피신청인이 외국어 실력부족 및 통역기술 부족과 업무 및 조직 내 인간관계에 제대로 적응하지 못하였다는 것을 제시하나 대부분이 신청인의 주관적인 판단으로 보여진다. 징계절차에 대해서도 수습기간 여부가 불명한 상태에서 사유 또한 추상적이어서 이를 이유로 피신청인을 해고한 것은 인사권 남용한 경우에 해당된다.

귀책사유가 인정되더라도 수습기간을 도과한 근로자에 대해 징계절차에 의하지 않고 일방적으로 채용 취소한 것은 부당하다 (2001.08.14, 지노위 2001부해73)

피신청인 회사 단체협약 의해 신청인의 수습기간은 근로계약 당사자간의 약정 등 특별한 사정이 없는 한 사용자에 의한 별도의 조치가 없다해도 6개월 기간의 만료로 수습기간이 종료된 것이다. 또 회사는 신청인이 임시직 수습기사로서 단협의 적용을 받지 않아 수습기간 후에 발생한 교통사고 및 무단결근에 대해 채용취소한 것이라 주장하나 회사는 동종 근로자 반수 이상이 하나의 단협 적용을 받는 사업장으로 이미 수습기간이 도과한 신청인에 대해 단협에서 정한 징계절차를 배제한 채 일방적으로 채용취소한 것이므로 부당하다.

수습기간제 계약 근로자에 대한 본 채용 거부의 정당성 여부 (2001.05.14, 중노위 2001부해32,부해33)

학교법인 춘해학원에서 수습기간제 근로계약을 체결하고 근로한 근로자들이 근무태만, 상급자의 지시위반, 근무평정결과 업무부적격자로 평가되어 본 채용을 거부한 이 사건의 경우, 상급자의 지시에 따르지 않았다는 구체적인 입증자료를 신청인이 제시하지 못하여 이를 인정하기 어렵고, 근무평가와 관련하여 근무평정의 합리성 여부에 불구하고 근무평정에 대한 관련규정이 없을 뿐만 아니라 객관적이고 공정하게 이루어졌다고 볼 만한 근거가 없고, 동대학에는 수습기간제 계약기간 만료 이후에도 계속 근로하는 관행과 계속 근로할 수 있다는 기대가 예정되어 있다고 보여지므로 신청인이 객관적으로 인정받을 수 있는 정당한 사유없이 피신청인과의 근로계약기간 만료를 이유로 일방적으로 종료시킨 것은 부당해고에 해당된다.

수습근로자에 대한 본채용 거부의 정당성 여부 (2001.03.21, 중노위 2000부해574)

관광버스 회사의 운전기사인 수습근로자들이 동료들과 음주 후 서로 다투고 폭행사고를 발생시킨 사실에 대하여 사용자가 이를 이유로 해고(본채용거부)한 이 사건의 경우, 위 폭행사고가 근무시간

이후 회 사 밖에서 우발적으로 일어났고 이 사고 후 폭행관련 당사자 사이에 원만한 합의가 이루어
점에 비추어 사용자가 단순히 수습근로자라는 이유만으로 본채용을 거부한 것은 인사권을 남용한
부당해고에 해당 한다

신규채용시 직급·호봉과 근무부서를 확정, 인사발령했으며 근로계약서에 수습근로에 관한 사항이 명
기되지 않았다면 정식직원으로 인정되어야 한다 (1998.11.02, 중노위 98부해427)

신청인이 1998. 1. 26 신규채용시 직급과 호봉(4급2호)을 부여받았고 근무부서(총무과)를 확정하여
인사발령된 점 등으로 보아 수습이 아닌 정식직원으로 채용된 것을 인정할 수 있고, 피신청인이
신청인에 대한 해고사유로 삼은 업무능력 부족 등의 이유는 신청인이 사회 초년생인 것을 고려할 때
해고까지 한 것은 인사권을 남용한 부당한 해고임.

수습근로자에 대한 부당해고구제신청 사건

I. 서론

2014년 3월 가구도매업 사업을 하는 X회사(이하 '회사'이라 한다.)로부터 해고사건에 대한 문의가
들어왔다. 회사는 번역업무를 담당할 Y근로자(이하 '근로자'이라 한다.)를 채용하여 번역업무에 맡겼
으나, 근로자가 업무를 제대로 수행하지 못하여 3개월 수습기간을 마치는 시점에서 근로계약을 종결
시킨 사건이었다. 근로계약의 해지를 통보하는 자리에서 회사는 근로자에게 '서면해고통지'를 하지
않았다. 다만, 수습평가서에 해고에 대한 근로자의 확인 서명만을 받았다. 그후 2개월이 지난 후
근로자는 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였다. 근로자 자신은 엄격한 면접과정을
통해 채용되었고, 수습기간 동안 성실하게 근무하였기 때문에 회사의 일방적인 근로계약의 종결은
부당해고라고 주장하였다. 반면, 회사는 근로자의 번역능력이 현저히 수준에 미치지 못하였기 때문에
수습평가를 통해 근로계약을 종결하였다고 주장하였다.

이번 사건의 주요 쟁점은 (i) 수습기간 중 근로계약을 종결하면서 서면해고통지를 하지 않은 것이
타당한지 여부, (ii) 수습평가서에 받은 근로자의 확인서명을 합의퇴직으로 볼 수 있는지 여부였다.
만약 이 확인서명이 합의퇴직으로 볼 수 없다면 해고절차 위반으로 부당해고가 된다. 2014년 5월 9일
서울노동위원회는 이번 부당해고구제신청 사건에 대하여 근로자는 번역이라는 특수한 업무를 수행할
능력이 부족한 것이 사실이고, 수습평가서의 결과에 적극적인 거부없이 서명한 점을 볼 때, 이는
직접적 합의퇴직은 아니지만 수습평가 결과를 수용한 간접적 합의퇴직으로 볼 수 있다는 결론을
내리고, 기각하였다.

이번 부당해고구제신청 사건에서 당사자의 주장과 노동위원회의 판정을 살펴보고, 검토해 보고자
한다.

II. 당사자의 주장

1. 근로자의 주장

근로자는 헤드헌트를 통해 모집공고를 보고 지원한 후, 3차례 면접과 3시간 동안의 번역시험을 통하여 2013년 10월초 최종 합격통보를 받았다. 2013년 10월 16일 회사는 이 근로자를 번역팀의 번역담당으로 채용하였다. 근로자는 입사한 후 한 차례도 결근 및 지각을 한 바 없으며, 다른 사람에게 모범을 보이며 맡은 업무를 수행하여 왔다. 근로자는 공인어학성적(토플 104점, 토익 980점)과 미국의 명문대학원 석사학위를 취득하는 등의 경력을 가졌으며, 번역업무도 방송3개사 통/번역을 맡아 수행할 정도로 실력을 인정받았다.

근로자는 회사의 근로관계를 종료하는 것에 대하여 동의한 적이 없다. 회사가 수습기간의 종료를 통보하였으나, 근로자는 수습기간이라도 해고의 사유, 양정 및 절차에 있어 정당성을 결여하였으므로 부당해고라고 주장한다.

2. 회사의 주장

회사는 근로자의 번역 실력이 현저히 부족하고, 번역한 결과물이 기대 수준에 맞지 않아 수습기간의 종료에 따른 본채용을 거부하였다. 이는 사회통념상 상당한 이유가 있으므로 사용자에게 ‘유보된 해약권’을 남용한 것이라 할 수 없다. 이와 별도로 근로자는 이를 인정하고, 근로관계를 종료하는 내용이 담긴 수습평가서에 자필로 서명하였기 때문에 근로계약이 합의로 해지 되었다고 할 수 있다.

근로자는 2013년 10월 16일 입사한 후 영문 자료를 한글 번역업무를 담당하였으나, 번역물의 완성도도 떨어지고, 번역시간도 두 배나 많았다. 근로자의 번역에 오역이 많고 원문과 다른 의역, 맞춤법에 틀리는 경우가 많아서 번역팀장이 재번역을 해야 하는 경우가 많이 발생했다. 2013년 12월 4일 번역팀장은 근로자에 대한 중간 평가를 (i) 업무지식, (ii) 업무품질, (iii) 동료근로자와의 협력, (iv) 의사소통의 4개 분야를 평가하였고, 동료근로자와의 협력 부분을 제외한 3개 부분에서 가장 낮은 점수(상당한 노력이 필요함)를 받았다. 이 평가서에 근로자도 확인서명을 하였다.

2014월 1월 9일 번역팀장은 수습평가의 결과 및 근로관계의 종료 의사를 전달하기 위해 이 근로자와 면담하였다. 수습평가서는 4개 분야에 대한 평가항목이 있고, 평가지의 뒷면에는 “① 정식 근로자로 채용할 것을 확인한다, ② 수습기간을 연장한다, ③ 근로계약을 종료한다”라고 기재되어 있다. 번역팀장은 근로자에게 앞장의 평가항목에 모두 불충분하다고 표시된 수습평가서를 설명하였고, 근로자는 수습평가서의 뒷면에 표기된, “근로계약을 종료한다”에 선택표시를 하였고, 그 내용을 확인한 후 서명하였다. 이후 면담자리에서 인사팀장이 참여하자, 근로자는 “번역업무 보다는 마케팅 업무가 적성에 맞는 것 같다.”고 하였다. 이에 인사팀장은 차후 회사에서 마케팅업무에 채용공고가 나가면 지원해줄 것을 요청하면서 명함을 주었다. 이러한 최종 수습 평가시 면담결과를 볼 때, 근로자는 근로계약을 종결한다는 수습평가서의 내용에 대하여 확인/서명하고, 또한 본인은 번역 업무보다는 마케팅 업무에 적성이 맞다는 답변할 만큼 수습평가의 결과를 수용한 합의퇴직이었다.

III. 노동위원회의 판정⁸⁰⁾

이 사건의 주요 쟁점은 (i) 해고가 있었는지 여부, (ii) 해고가 있었다면 해고의 정당성 여부에 있다. 이에 대하여 노동위원회는 당사자의 주장과 노동위원회에 제출된 각종 입증자료의 기재내용 및 이를 토대로 노동위원회가 심문한 사항 등을 종합해 다음과 같이 판단하였다.

수습근로자의 해고사건에 대하여 종전부터 대법원의 입장은 “수습기간 중에 있는 근로자를 해고 하거나 수습기간 만료시 본 계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰, 판단하려는 수습제도의 취지, 목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정된다”⁸¹⁾라고 일관되게 판시하고 있다.

이 사건에서 근로자는 근로관계의 종료에 동의한 적이 없고, 수습기간이라도 객관적/합리적인 사유 없이 수습종료를 통보한 것은 부당해고라고 주장하였다. 하지만,

- 1) 근로자의 번역 업무에 미숙함과 오류가 빈번하게 있었던 점,
- 2) 근로자가 입사한 이후 1개월 남짓한 시점에서 업무시스템의 비효율성, 업무분장의 불합리함에 대한 의사전달 과정에서 직속상관인 번역팀장과의 불화가 있었고, 이를 계기로 그 후 업무지시의 수령과정에서 번역팀장과의 의사소통의 결여 및 부족 등에 따라 사용자가 회사 내부의 의사결정 과정을 거쳐 3개월의 수습기간 만료와 함께 근로자와의 근로관계를 종료하고자 결심하였다는 사정이 있는 점,
- 3) 2014. 1. 9.자 수습평가서 및 그에 대한 근로자의 서명은 수습평가서의 문언에 비추어 그 자체로 근로자와의 합의해지의 서명이라고 판단하기에는 충분하지 않다고 여겨지나, 2014. 1. 9.자 수습평가의 한 달여 전인 2013. 12. 4. 이미 동일한 수습평가가 행해진 사정이 있는 점,
- 4) 근로자가 2014. 1. 9. 업무능력의 평가결과를 최하위로 받은 후 근로관계를 종료한다는 문구가 담겨진 서면에 아무런 이의제기 없이 서명하였던 점,
- 5) 평가 결과 및 근로관계 종료의사의 전달을 위한 면담과정에서 근로자도 “번역업무 보다는 마케팅 업무가 적성에 맞는 것 같다”고 진술하였고, 그 주장이 제출서류 및 심문과정에서 일관되며 근로자가 이를 정면으로 반박하지 않은 사정 등에 비추어 보건대, 근로자는 수습기간의 만료에 따른 근로관계 종료사유로서 주장하는 사용자의 업무 부적합의 판정 결과에 관하여 심정적으로 승복 내지 시인하였다고 보이는 점,
- 6) 이 사건 근로자가 내심으로 진정 원하지는 않았다고 하더라도 입사 당시 이미 근로계약서와 취업 규칙에서 정해진 바에 따라 수습기간부 채용임을 알고 있었던 근로자의 의사에 반하여 이루어졌다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때,

근로자와 사용자의 근로관계 종료는 수습기간의 설정이라는 목적에 비추어 근로자에 대한 부정적 수습평가 결과에 따라 이루어진 것으로 근로자의 의사와는 무관하게 근로관계를 일방적으로 종료시키려는 해고의 의사와는 무관하게 근로관계를 일방적으로 종료시키려는 해고의 의사를 표명했던 것으로 볼 수 없다.

80) 노동위원회 판정서 2014. 5. 9. 판정, 서울2014부해703

81) 대판 2003.7.22. 2003다5955, 대판 2006.2.24. 2002다62432.

IV. 검토

이 사건의 주요 쟁점인 (i) 수습근로자에게 해고의 서면통지를 하지 않는 경우 해고가 무효인지 여부, (ii) 근로자가 수습평가서에 서명한 것을 합의퇴직으로 볼 수 있는지 여부를 검토해 본다.

1. 수습근로자에게 해고의 서면통지의 필요성

현행 근로기준법 제23조 제1항에서는 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고(부당해고)를 하지 못한다고 명시적으로 금지한다고 규정하고 있다. 또한 현행 근로기준법 제27조에서는 사용자는 근로자를 해고하려면 해고의 사유와 시기를 서면으로 통지해야 한다고 명문규정을 두고 있다. 이 규정은 근로자를 해고하는데 신중을 기하게 하는 한편, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이와 관련된 분쟁이 적정하고 용이하게 해결되고, 근로자에게는 해고에 적절히 대응할 수 있도록 하려는 것이다.⁸²⁾

종전의 중앙노동위원회의 결정에서는 수습근로자에 대해 근로관계의 종료(해고)가 이루어진 경우, 수습근로자에 대한 직업적 능력이나 업무적격성에 대한 부정적 평가로 수습근로자에 대한 해고에 합리적인 이유가 있다고 하더라도 근로자를 해고하면서 서면으로 해고사유와 해고시기를 통지하지 아니하면 이 해고는 절차적 정당성을 갖추지 못하여 부당한 해고로 보고 있다.⁸³⁾ 따라서 이 사건에서 수습기간 중 근로자에 대한 해고인 경우 사용자가 해고의 서면통지를 하지 않았기 때문에 근로자의 주장처럼 합의퇴직이 아닌 해고는 무효가 된다.

2. 수습평가서에 확인/서명의 유효성

합의해지(합의퇴직)에 대해서는 노동법상 특별한 규정이 없으나, 합의해지는 사용자와 근로자가 합의로, 근로자가 사직의 의사표시를 하고, 사용자가 이를 승낙함으로써 노동관계를 종료시키는 것을 말한다.⁸⁴⁾

노동위원회는, 먼저 수습평가서에 근로자가 서명한 것은 합의퇴직으로 볼 수 없다고 분명히 명시하고 있다. 하지만, 근로자가 (i) 수습평가서에 수습평가의 결과가 퇴직이라 표시된 내용에 대하여 서명하였던 점, (ii) 수습평가 면담 자리에서 자신이 번역에 소질이 없지만 번역업무보다는 마케팅 업무에 지원하기 위하여 마케팅 분야에 채용공고가 없었지만 회사에 입사하고 싶어 번역업무에 지원하게 되었다고 인정한 점, (iii) 입사할 때에 수습이 전제된 근로계약을 체결하였던 점, (iv) 수습기간 중 중간 수습평가를 받았으며, 최종 수습평가를 통해 근로계약 종결을 통지 한 점을 고려해 볼 때, 근로자가 비록 직접적으로 근로계약의 종결에 합의하지 않았더라도 정황상 간접적으로 합의하였다는 것을 알 수 있다. 따라서, 사용자가 근로자와 수습기간 종료에 대하여 합의로 근로계약을 종결한 경우에는 해고의 서면통지가 필요없다고 할 수 있다.-

82) 임종률, 노동법(제12판), 박영사, 2014, 538-539쪽.

83) 중앙노동위원회 2011.10.17 판정, 2011부해676

84) 임종률, 노동법(제12판), 541쪽.

V. 결론

실무상 서면해고통지 없이 수습평가만으로 근로관계의 종료(해고)를 통지하는 경우가 많이 있다. 하지만, 이는 근로기준법에 제27조에 명시된 해고의 서면통지 의무를 위반하게 되어 부당해고가 된다. 이번 수습기간 중의 부당해고구제신청 사건도 사용자가 수습평가를 통해 근로관계의 종료를 통보 하면서 서면 해고통보를 하지 않았다. 하지만, 사용자가 다행히도 수습평가 시에 근로자에 대해 근로 관계의 종료 사유에 대해 정확하게 인지시키면서 수습근로자로부터 확인/서명을 받아두었다. 결국 이 사건에 대하여 노동위원회는 수습근로자에 대한 근로계약의 종결 통지는 해고가 아닌 수습기간 종결에 따른 사전에 약속된 수습을 전제한 계약에 대한 합의 종결이었다고 판정한 점에 의미가 있었다고 판단된다. 만약 이 사건이 부당해고로 인정받았다면, 회사는 큰 금전적, 업무적 손해를 감수해야 하였을 것이다. 이에 이러한 실수를 하지 않도록 회사의 인사담당자들은 수습기간 중의 근로관계의 종료(해고)도 근로기준법상 정당한 이유(제23조 제1항)와 함께 해고의 서면통지절차 등의 절차(제27조)를 준수해야 됨을 명심할 필요가 있다.

노동사례: 채용내정과 해고

I. 문제제기

아래의 사례는 사용자가 근로자를 고용한 후 근로자의 평판 조회에 부정적 요소가 발견되어 근로자가 입사 전에 고용 취소를 통보한 사건이다.

영국에 위치한 다국적 기업(이하 “회사”)은 한국 지사장 (이하 “근로자”)을 고용하기 위해 면접과 서류전형을 거쳐 근로계약을 체결하였다. 회사는 근로자와 2016년 5월 12일 근로계약을 체결한 후 3주 뒤에 입사하기로 하였다. 그러나 회사는 해당 근로자와 같이 일했던 한국지사 직원의 부정적인 평판 (이전 회사의 같은 직장 동료로 일했음. 너무 강압적 업무방식이라서 지사장이 입사하면 퇴사하겠다고 밝힘)을 인지하게 되어, 5일 후인 5월 17일 근로계약을 해지하였다. 고용해지 서면통보서에 근로계약서 제1조에 “회사는 언제든지 이유불문하고 즉시 근로계약을 해지할 수 있다”라는 문구를 인용하면서 ‘부정적인 평판’을 고용해지 사유로 들었다. 근로자는 즉시 답변 메일을 통해 “고용해지는 한국노동법 위반이고, 회사에서 적절한 보상이 없는 경우 회사를 상대로 소송을 제기할 것이다”는 내용의 메일을 보내왔다. 이에 회사는 입사전 고용해지에 대해 원만히 무마하기 위해 1개월분의 임금을 지급하는 조건을 제시하였다. 그러나 근로자는 회사가 제시한 1개월분의 금전보상을 수용할 수 없고, 12개월분의 금전보상을 요구하면서, 다른 한편으로는 회사를 비방하고 부정적인 유언비어를 퍼뜨리면서 회사를 압박하고 있다.

회사는 이 문제를 해결하기 위해 당사에 법률자문을 요청하였고, 이에 대해 관련 법령과 판례를 검토를 한 후 적절한 답변을 찾아보고자 한다.

II. 관련 법령과 관련 사례

1. 관련법령 (근로기준법)

제15조 【이 법을 위반한 근로계약】

① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 한다.

② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다

제23조 【해고 등의 제한】

① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.

제28조 【부당해고등의 구제신청】

① 사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 구제신청은 부당해고등이 있었던 날부터 3개월 이내에 하여야 한다.

제33조 【이행강제금】

① 노동위원회는 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2천만원 이하의 이행강제금을 부과한다. (1년에 2회, 2년 한도, 즉 불이행시에 총 4회의 강제이행금 부과 가능)

제111조 【벌칙】

확정된 구제명령 또는 구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 이행하지 아니한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 관련사례

(1) 근로자가 입사전 고용을 해지한 사례

1) 입사예정일에 입사를 시키지 않고 6개월이 지난 후 채용을 취소한 사건

회사는 1997년 11월 말경 근로자들에게 최종합격통지를 하고 같은 해 12월경 서약서 등 입사관계서류 제출을 요구하여 교부받음으로써 근로자들과 회사 사이에 근로관계가 형성되었다. 취업할 시기를 1998년 3월 1일로 하였으나, 회사는 취업시기를 계속 미루어 오다가, 1998년 8월 18일 근로자들에 대하여 채용내정을 취소하였다. 이러한 채용내정 취소통지는 해고에 해당하고, 채용내정 취소에 정당한 이유가 없는 한 회사가 근로자들에 대하여 한 위의 채용내정취소는 무효이다.⁸⁵⁾

2) 입사일을 정하지 않은 채용내정 대기기간에 50%의 임금지급을 인정한 사례

회사와 근로자 사이에는 위와 같은 근로자의 채용내정 사실 통보로 인해 장차 정식 취업시로부터

85) 서울지법 1999.4.30. 선고 98가합20043 판결

근로를 제공하기로 하는 내용으로 한 일종의 근로계약이 성립한다. 이때 근로자로서는 상당한 기간 내에 회사에 정식채용될 것이라는 정당한 기대를 갖게 된다. 회사는 당초 채용내정 과정에서부터 계획사업의 내용 및 규모, 그 진행전망 등 제반 사정을 면밀히 검토하여 채용할 직원의 수와 그 구성을 정하고 그에 따라 적정한 수의 합격자 만을 발표 및 채용내정하여야 할 주의의무가 있다. 회사는 이를 게을리 한 과실로 그 실행 가능성이 충분히 검토되지 아니한 사업부문의 영선인력으로 근로자를 채용내정하여 합격 통지를 한 후, 뒤늦게 해당부문 사업을 진행할 수 없게 되었다는 사유로 근로자를 정식채용하지 않기로 하였다. 회사는 근로자가 채용예정 기간동안 피고의 직원으로 정식 채용되기를 기대하면서 다른 취업 기회를 포기함으로써 입게 된 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 채용내정만으로 정식채용이 확정된 것은 아니고, 회사가 구체적인 입사예정일을 정하여 통보한 것은 아니므로 근로자가 그 정식채용 여부에 대한 사항을 회사에 문의하거나, 회사가 정식채용을 거절할 것에 대비하여 다른 일자리를 구하는 등의 조치를 강구하였어야 함에도 불구하고 근로자는 그러한 노력을 소홀히 한 잘못이 있다. 회사가 배상할 손해액을 산정함에 있어 이를 참작하여 근로자의 과실비율을 50%로 하고, 회사의 책임을 나머지 50%로 제한한다.⁸⁶⁾

3) 입사일을 정한 기간을 초과한 채용내정에 대해 전체기간 임금지급을 인정한 사례

회사가 1997년 11월경 근로자들에 대하여 채용내정통지를 함으로써 근로자들과 회사 사이에는 근로계약관계가 유효하게 성립되었다. 이 사건에서 근로자들은 적어도 최종입사예정일인 1998년 4월 6일부터는 회사의 근로자 지위에 있었다고 할 것이고, 회사가 근로자들을 현실적으로 취업시켜 근로자들이 노무를 제공하였는지 여부와는 상관없이 회사가 근로자들에 대하여 한 이 사건 채용내정 취소는 실질적으로 해고에 해당한다. 따라서 근로자들이 1998년 4월 6일부터 채용내정이 확정적으로 취소된 1999년 6월 30일 까지의 임금을 구하는 것은 정당하다.⁸⁷⁾

(2) 근로자가 입사한 후 이력이나 경력에서 허위로 밝혀져 해고한 사례

근로자가 입사 시 이력서상의 학력, 경력을 사칭 또는 은폐하여 채용된 후 근무하다가 이 사실이 발각되었을 경우, 채용 당시 회사가 그와 같은 허위 기재사실을 알았다더라면 근로자를 고용하지 않았을 것이거나 적어도 동일 조건으로는 고용하지 아니하였을 것으로 보이는 한, 정당한 징계해고사유가 된다.⁸⁸⁾

3. 지사장의 근로자성 여부 판단

(1) 회사의 이사 등 임원은 근로기준법상의 근로자가 아니다.

회사의 업무집행권을 가진 이사 등 임원은 그가 회사의 주주가 아니라 하더라도 회사로부터 일정한 사무 처리의 위임을 받고 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니어서 근로기준법상의

86) 서울지방법원 2003.8.27 선고, 2002나40400 판결

87) 서울고등법원 2000.4.28 선고 99나41468 판결

88) 대법원 2000.6.23 선고 98다54940 판결.

근로자라고 할 수 없다.⁸⁹⁾

(2) 대표이사의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이므로, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.⁹⁰⁾

III. 쟁점에 대한 해결 방안

이 채용내정자에 대한 해고통지에 대해 아래와 같은 질문에 대한 해답을 통해 바람직한 해결 방안을 모색할 수 있다.

<질문1> 회사가 근로계약서에 명시된 어느 일방이 근로계약을 해지할 수 있다는 문구에 따라 고용 해지를 하였는데, 이것이 한국 노동법을 위반한 것인지?

근로계약이 적법하게 체결 되었으므로 근로계약을 취소하는 경우 정당한 사유가 있어야 근로계약을 해지할 수 있다. 정당한 사유에 대한 입증책임은 회사에 있다. 다만, 정당한 사유를 입증하기 위한 수준은 각각 다를 수 있다.⁹¹⁾

- 1) 근로계약 체결 시점부터 실제 근무 시작 시점까지 → 정당한 사유를 입증하는 수준이 약하다. 어느 정도의 사유가 있는 경우 고용 취소가 가능하다.
- 2) 실제 근무를 시작한 이후 3개월 까지 → 정당한 사유에 사용자의 입장이 많이 반영되므로, 입증 책임이 엄격하지 않다. 수습기간이 적용되어 사용자의 합리적인 판단이 인정되므로 근로자의 해고가 어렵지 않다.
- 3) 취업 후 4월 이후 → 객관적인 정당한 이유없이 근로자를 해고하는 것은 매우 어렵다.

<질문2> 회사는 근로자가 근로계약을 체결한 후 근로가 개시되기 전에 취소한 경우 회사는 어떠한 법적인 책임을 져야 하는지?

근로계약을 체결한 이상 회사는 정당한 사유없이 근로자를 해고할 수 없다. 근로자가 해고되면 노동위원회에 부당해고 구제신청을 할 수 있다. 노동위원회의 부당해고 판정이 나온 경우에는 회사는 근로자를 복직시키고 부당해고 기간에 대한 임금 상당액을 지급해야 한다.

채용 내정 상태에서 입사를 시키지 않고 해고한 사례는 대부분이 장기간 입사를 시키지 않다가

89) 대법원 1992.12.22 선고 92다28228 판결.

90) 대법원 2003.09.26 선고 2002다64681 판결

91) 임종률, 「노동법」 제17판, 박영사, 2019, 406면.

근로계약 해지통보를 하는 경우가 많다. 이 경우 채용 내정이었던 근로자는 입사만 기다리면서 많은 시간과 기회를 낭비하게 된다. 이 경우에 판례는 채용 내정상태에서 대기하였던 기간에 대해 급여를 보상하여야 한다고 판시하고 있다.

<질문3> 회사가 근로자와 체결한 근로계약을 원만하게 해결하기 위한 적절한 손해배상액은?

회사는 근로자와 근로계약을 작성하고나서 곧 근로자의 평판이 아주 부정적이라는 사실을 알게 되었다. 만약에 회사가 근로자의 부정적 평판에 대해 미리 알았다면 근로계약을 체결하지 않았을 것이다. 회사는 이러한 부정적 평가로 인해 업무수행을 시작하기 전에 근로계약을 해지하였다. 근로계약의 해지로 인한 근로자의 손해는 기회 상실로 인한 6일 간의 임금이다. 근로자의 입장에서 볼 때, 근로자는 구직중에 있었기 때문에 이번 취업을 위해 다른 직장을 그만 두지 않았다. 특히, 회사는 근로자의 부정적인 평판에 대해 명백한 증거를 가지고 있다. 근로자는 근로계약이 해지 된 후, 회사에 대해 부정적 루머를 퍼뜨리고, 회사의 평판을 깎아 내리는 험담을 하고 다니고 있다. 이러한 추가 비리 사실을 볼 때, 이 근로자를 고용할 수 없는 입장이다.

따라서 회사가 근로자에게 금전보상을 해야 한다고 하면, 근로계약 체결시점부터 고용해지 통보 시점까지 6일 간의 임금에 한정되어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 불필요한 분쟁을 사전에 예방하고자 하는 차원에서 회사가 1개월의 임금을 추가적으로 지급하기로 한 결정은 적절한 합의 수준이라고 본다.

<질문4> 회사의 일방적인 근로계약 해지에 대해 근로자가 보상을 받기 위한 법적인 조치는 어떠한 것이 있는지요?

근로자가 부당해고에 대한 구제를 신청하기 위해서는 노동위원회에 '부당해고 구제신청'을 하거나 민사법원에 '해고무효확인'의 소를 제기하여야 한다. 부당해고의 사건의 경우 95% 이상이 노동위원회에서 처리된다.

- ① 부당해고 구제신청 → 지방노동위원회 (처리기간은 60일, 실제로 90일 소요)
- ② 제심 신청 (지방노동위원회 결정문 수령후 10일 이내) → 중앙노동위원회 (처리기간은 60일, 실제로 90일 소요)
- ③ 중앙노동위원회의 결정에 불복하는 경우 행정소송 제기 (중노위 결정문 수령 후 15일 이내) → 서울행정법원 → 서울고등법원 → 대법원
- ④ 해고당한 근로자 → 민사소송 제기 (소송기간 제한 없음, 1심에 보통 1년 이상 소요) → 고등법원 → 대법원

부당해고 사건은 2017 년에 노동위원회에서 처리한 사건이 10,995 건으로 대부분 민사소송을 거치지 않고 노동위원회의 구제절차를 통해 이루어진다.⁹²⁾ 부당해고에 대해 민사법원에 제기할 경우, 장시간에 고비용이 들기 때문에 근로자에게 불리하다. 이러한 이유로 부당해고를 당한 근로자는 권리구제를 위해 노동위원회를 더 선호하게 된다. 노동위원회는 소송기간이 짧게 소요되고 저비용에 노동법적 판단을 하기 때문에 근로자들에게 더 유리하다.

92) 고용노동부, 「2018년판 고용노동백서」 227면.

IV. 종합의견

근로자 입장에서 부당해고 구제신청을 할 것인지의 여부는 전적으로 근로자의 재량에 달렸지만, 노동위원회에 부당해고 구제신청이나 민사법원에 해고무효확인의 소를 제기할 것인지의 여부는 본인이 이길 가능성이 있고, 충분한 보상이 예상될 때 제기할 것이다.

회사가 근로계약을 체결한 후 채용내정 상태에서 고용을 해지통보 한 것에 대해 두 가지의 의견이 가능하다.

첫째, 외국 본사의 CEO와 한국의 지사장은 직접 근로계약을 체결하였고, 국내의 지사에서는 전혀 개입하지 않았다. 보통 지사장의 경우 한국지사를 대표하여 업무를 수행하기 때문에 근로자성과 관련된 쟁점이 될 수 있다. 근로자성이 약한 경우 노동법적 보호보다는 서로 당사자간의 업무위임 계약으로 민사적인 판단을 할 수 있다.

둘째, 근로자가 한국노동법에 적용될 가능성이 높다고 할 수 있다. 근로자는 근로계약을 체결하였고, 근로계약서는 한국 노동법이 적용된다는 규정이 있기 때문에 한국노동법이 적용된다. 이 경우 근로자는 노동위원회에 부당해고 구제신청을 제기할 수 있다. 근로자가 부당해고 구제신청을 할 경우 회사는 법정대리인을 선임하여 사건에 대응할 것이다. 이러한 소송을 예방하기 위해 1개월의 보상금 제시는 타당하다고 할 수 있다. 근로자가 제기한 12개월 임금의 금전보상 요구는 터무니 없을 뿐만 아니라 판례 사례를 보더라도 근거 없는 것으로 좀더 보상을 받고 싶은 심정에서 제기한 것이라 판단된다.