

2026 공인노무사 2차 시험 대비

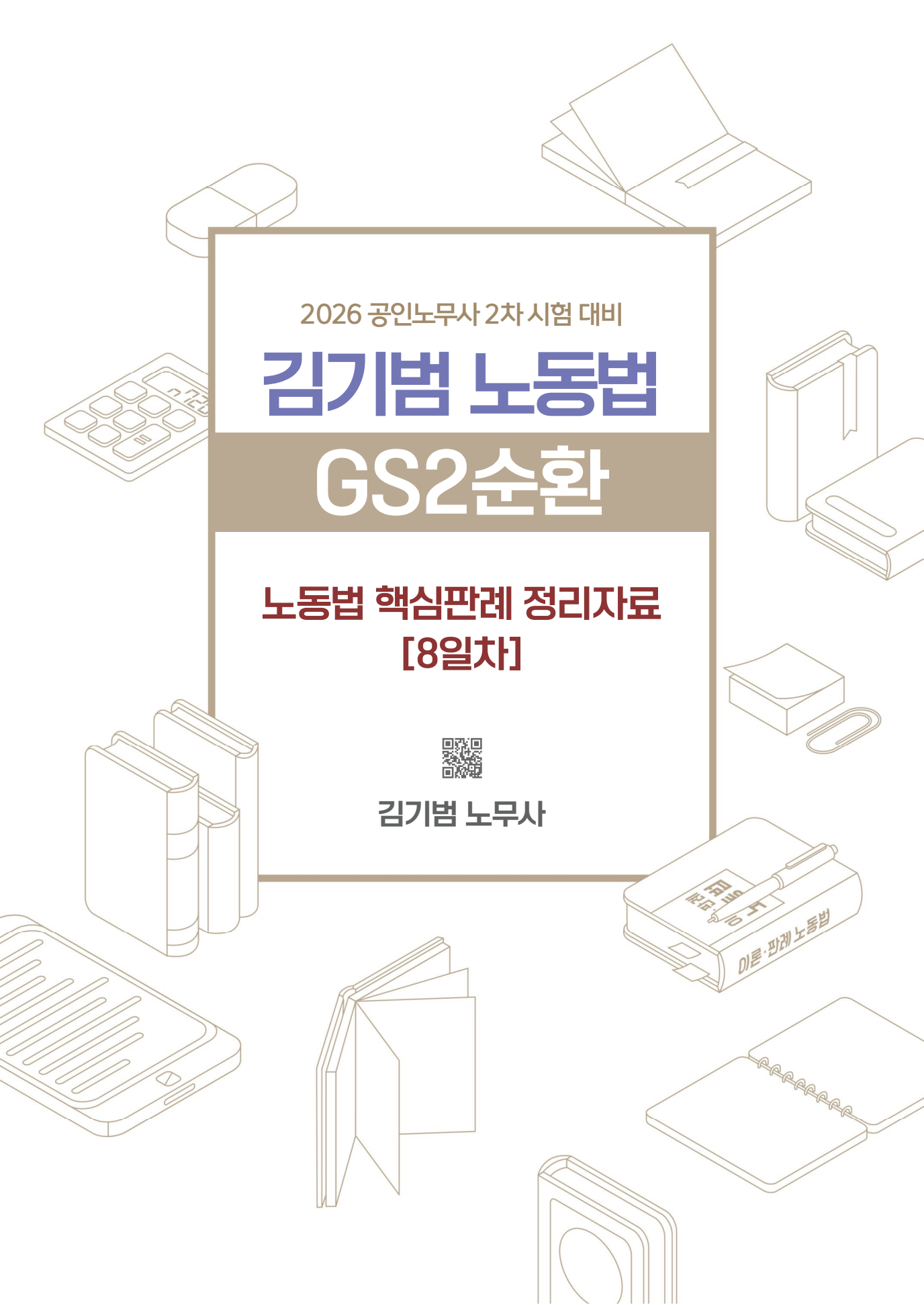
김기범 노동법

GS2순환

노동법 핵심판례 정리자료
[8일차]



김기범 노무사





1. 계속근로기간

(대법원 2020. 8. 27. 선고 2017두61874 판결)

가. 사실관계

원고 : 근로자

피고 : 중앙노동위원회 위원장

(1) 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 계약직원 인사세칙은, 계약기간을 정하여 근로계약을 체결하는 계약직원의 채용은 공개채용을 원칙으로 하며 서류전형 및 면접전형을 거쳐 채용하고(제3조, 제8조), 기간제법 제4조 제1항에서 정하는 기간제근로자인 한시계약직 직원의 근로계약은 1년을 원칙으로 하여 1회에 한정하여 계약기간을 연장할 수 있으며(제11조 제2항) 계약기간 만료와 함께 자동으로 종료되고, 다만 이 사건 대학교의 인력형편상 계속 필요하고 계약기간 동안의 근무태도와 업무실적이 탁월하게 우수한 경우 무기계약직 직원으로 전환할 수 있는데 그 전환은 근무성적평가와 인사위원회의 심의를 거쳐 임용한다(제14조)고 정하고 있다.

(2) 이 사건 예비군연대 참모였던 C이 예비군훈련기간 직전인 2013. 6. 19. 갑작스럽게 사직하자, 참가인은 공개채용 절차를 거치기 전에 긴급히 육군 예비역 소령인 원고와 계약기간을 2013. 6. 20.부터 2013. 7. 19.까지로 정하여 제1계약을 체결하면서, '계약기간 중일지라도 정규직으로 대체시 우선하여 해당일에 계약이 자동 종료된다'(제2조 제3항)고 정하였다.

(3) 참가인은 2013. 7. 1. 공개채용 공고를 하였고, 공고에 채용직위에 관하여 '계약직(1년 단위 계약 / 최대 2년 가능)'으로, 임용예정일을 '2013. 7. 22.'로 각 기재하였다.

(4) 참가인은 2013. 7. 9.까지 응시원서를 접수받았고, 원고를 비롯하여 공군소령출

신 및 육군 의무행정병과 소령출신이 각 응시하였다. 참가인은 서류심사를 거쳐 2013. 7. 16. 위 3명에 대하여 면접전형을 실시하였고 같은 달 18. 원고를 최종합격자로 발표하였다(이하 '이 사건 공개채용 절차'라 한다). 이 사건 공개채용 절차는 학생예비군 교육, 통제, 관리 경력, 자격증 유무 등을 평가기준으로 삼아, 1차 서류심사 및 업무수행능력평가 등에 관한 면접인 2차 심사를 거쳐 최종합격자를 선발하는 방식이었다.

(5) 참가인은 2013. 7. 22. 원고와 계약기간을 '2013. 7. 22.부터 2014. 7. 21.까지'로 정하여 제2계약을 체결하였고, 2014. 7. 22. 다시 계약기간을 '2014. 7. 22.부터 2015. 7. 21.'까지로 정하여 제3계약을 체결하였다.

(6) 참가인은 2015. 5. 29. 원고에게 계약기간이 만료됨을 통보하였고(이하 '이 사건 통보'라 한다), 다시 공개채용 절차를 진행하였다. 위 절차에 원고를 비롯하여 총 4명이 응시하였고, 원고는 서류심사를 통과하였으나 면접전형에서 탈락하여 최종합격자에 선발되지 못하였다.

(7) 원고는 이 사건 통보가 부당해고에 해당한다고 주장하며 참가인을 피신청인으로 한 부당해고 구제신청을 하였고, 중앙노동위원회는 원고의 계속근로기간이 2년을 초과한다고 보기 어렵다는 이유를 들어 구제신청을 기각하는 재심판정을 하였다.

나. 판결요지

(1) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다) 제4조 제1항 본문은 사용자는 2년을 초과하지 않는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 않는 범위 안에서) 기간제 근로자를 사용할 수 있다고 정하고 있고, 같은 조 제2항은 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다 고 정하고 있다.

(2) 이러한 기간제법 규정 내용과 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의

지위를 보장하려는 입법 취지 등을 고려하면, 기간제 근로계약이 반복하여 체결되거나 갱신되어 일정한 공백기 없이 기간제근로자가 계속적으로 근로한 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 최초 기간제 근로계약에서부터 최종 기간제 근로계약에 이르기까지 기간 전체가 기간제법 제4조에서 말하는 기간제근로자의 사용 기간으로서 '계속 근로한 총기간'에 포함되어야 한다. 다만 기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제근로자의 업무 내용·장소와 근로조건 유사성, 기간제 근로계약의 종료와 반복 또는 갱신 과정에서 이루어진 절차나 그 경위 등을 종합적으로 고려할 때 당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 '계속 근로한 총기간'을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결, 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결 참조).

(3) 앞에서 본 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 공개채용 절차를 거쳐 2013. 7. 22. 제2계약이 체결됨으로써 원고와 참가인 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 그 시점에 근로관계는 단절되었고, 결국 기간제법 제4조에서 말하는 계속 근로한 총기간을 산정할 때 2013. 7. 22.을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없어 원고의 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 않으므로, 원고를 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

(4) 참가인과 원고는 제1계약에서 계약기간을 1개월로 정하면서 다만 계약기간 중이라도 정규직이 선발되는 경우 계약이 자동 종료된다고 정하였다. 또한 참가인은 계약직원 인사세칙에서 계약직원은 공개채용을 통하여 선발하는 것을 원칙으로 하고 있고 계약기간은 최대 2년으로 한정하고 있으며, 이 사건 공개채용 절차에서 위 점을 공고에 명시하였다. 원고는 위 공고에 따라 이 사건 공개채용 절차에 응시하였다. 이로써 원고와 참가인은, 제1계약은 전임자의 중도사직이라는 우연한 사정으로 긴급하게 임시로 체결된 것으로 정규직이 선발되는 경우 종료시키고, 이 사건 공개채용

절차에 따른 계약관계는 최대기간을 총 2년으로 하기로 합의하였다고 볼 수 있다.

(5) 이 사건 공개채용 절차는 객관적이고 합리적인 기준에 따라 실질적인 경쟁이 이루어진 신규 채용 절차로 보이고, 이러한 절차에도 불구하고 참가인이 원고를 계속 채용하겠다는 의사를 가지고 있었다거나 원고가 제1계약을 반복 또는 갱신한다는 인식이나 의사가 있었던 것으로 보이지 않는다.

(6) 제1계약의 종료 및 이 사건 공개채용 절차가 기간제법 제4조 제2항 적용을 회피하기 위한 의도로 이루어진 형식적인 절차에 불과하다고 할 수도 없다.

(7) 참가인의 계약직원 인사제척 제14조에는 무기계약직 전환절차가 별도로 마련되어 있는데, 이 사건 통보 무렵 원고에 대하여 위 절차가 진행되지 않았고 오히려 새로운 공개채용 절차가 진행되었으며 원고는 신규응시자로서 이에 응시하였다.

(8) 그럼에도 판시와 같은 이유만으로 이와 달리 본 원심판단에는 기간제법 제4조 제2항에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.



2. 파견법상 직접고용의무

1. 회생절차개시와 직접고용청구권(대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결)

가. 사실관계

원고 : 근로자

피고 : 사용자

(1) 피고는 시멘트 제품의 제조, 유통 등의 사업을 목적으로 설립된 주식회사로 삼척시 소재 46, 49, 55광구로부터 채광된 석회석과 고령토를 45광구에서 분쇄한 뒤 피고의 삼척공장에서 시멘트를 제조·판매하는 사업을 하고 있다. 유한회사 ○○(이하 '○○'이라고 한다)은 피고로부터 피고 삼척공장의 종합 컴 프레스, 환수펌프, 정문수도펌프, 수원지펌프, 공장 구내 폐열보일러, 노통연관보일러의 운전 및 점검업무 등을 도급받아 수행하였다.

(2) 원고들은 ○○ 소속 근로자들로서, 아래 표와 같이 ○○에 입사하여 피고의 삼척공장에서 근무하였고, 2018. 3. 31. ○○에서 퇴사하였는데, 피고와의 관계에서 불법파견관계가 인정된다.

(3) 피고는 2013. 10. 17. 서울중앙지방법원 2013회합195호로 회생개시결정을 받았고, 2014. 3. 18. 회생계획인가결정을 받았으며, 이후 위 회생절차는 2015. 3. 6. 종결되었다.

(5) 원고 1·2·6은 회생절차 개시 이전에 이미 직접고용청구권 발생요건을 충족하였다. 원고 4는 회생절차가 진행 중인 시기에 직접고용청구권 발생요건이 충족되었다. 원고 3은 회생절차가 끝난 뒤인 2016.8.13. 비로소 직접고용청구권 발생요건을 충족하였다. 원고 5는 이미 삼표시멘트 정년(58세)을 넘긴 상태에서 협력업체에 입사하

였다.

나. 판결요지

(1) 회생절차개시결정이 직접고용청구권에 미치는 영향파견법 제6조의2 제2항은 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 같은 조 제1항의 사용사업주의 직접고용의무규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 구 파견법 시행령(2014. 9. 24. 대통령령 제25630호로 개정되기 전의 것) 제2조의2는 구「임금채권보장법 시행령」(2014. 9. 24. 대통령령 제25630호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1호부터 제3호까지 정한 사용사업주에 대한 파산선고, 회생절차개시결정 및 미지급임금 등을 지급할 능력이 없다고 인정되는 일정한 경우를 파견법 제6조의2 제2항에 규정된 '대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우'의 하나로 규정하고 있다. 개정 파견법 및 파견법 시행령의 규정도 위 규정들과 내용은 동일하다.

(2) 파견법이 이처럼 파견근로자의 고용안정과 보호를 위하여 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하면서도, 위와 같은 직접고용의무의 예외규정을 둔 이유는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면하여 회생절차가 개시된 사용사업주에 대하여도 일반적인 경우와 동일하게 직접고용의무를 부과하는 것은 사업의 효율적 회생을 어렵게 하여 결과적으로 사용사업주 소속 근로자뿐만 아니라 파견근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다는 정책적 고려에 바탕을 둔 것이다. 이와 같은 예외규정을 둔 입법 목적과 취지를 고려하면, 파견법 제6조의2 제2항에 따라 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, 회생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는 것으로 봄이 타당하다. 다만, 사용사업주의 회생절차가 종결되면 파견근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다.

원고 1, 원고 2, 원고 6의 청구에 대한 판단(제3 상고이유)

(1) 원고 1, 원고 2, 원고 6은 피고에 대한 회생절차개시결정이 있기 전 직접고용의무가 발생한 파견근로자들로서, 위 관련 법리에 비추어 볼 때 위 원고들의 직접고용

청구권은 피고에 대한 회생절차개시결정으로 인하여 소멸하였다.

(2) 위와 같이 원고 1, 원고 2의 직접고용청구권이 소멸하였음이 분명한 이상 위 원고들은 회생절차개시결정이 있기 전에 발생한 직접고용청구권을 근거로 고용의사표시 청구를 할 수 없다.

(3) 또한 피고는 원고 1, 원고 2, 원고 6에 대하여 더 이상 회생절차개시 전에 발생한 직접고용의무에 터잡아 회생절차개시 후의 직접고용의무의 불이행으로 인한 손해배상 의무를 부담하지 않는다.

(4) 그런데도 원심은 회생절차개시 전에 발생한 직접고용청구권이 소멸하지 않았다고 보아 원고 1, 원고 2의 고용의사표시의 청구 및 원고 1, 원고 2, 원고 6의 주위적 손해배상청구를 인용하였다. 이러한 원심의 판단에는 파견법상 직접고용의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.

원고 4의 청구에 대한 판단(제3 상고이유)

(1) 원고 4의 직접고용청구권의 성립요건은 피고에 대한 회생절차개시결정이 있은 후 충족되었으므로, 위 법리에 비추어 볼 때 원고 4의 직접고용청구권은 발생하지 않는다.

(2) 따라서 원고 4의 회생절차 진행 중 발생한 직접고용청구권에 근거한 고용의사표시 청구 및 이를 전제로 한 고용의무 불이행으로 인한 손해배상청구는 받아들일 수 없다.

(3) 그런데도 원심은 원고 4의 직접고용청구권이 회생절차 진행 중 발생하였다고 보아 이를 근거로 한 고용의사표시의 청구 및 주위적 손해배상청구를 인용하였다. 이러한 원심의 판단에는 파견법상 직접고용의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.

원고 3의 청구에 대한 판단(제2, 3, 5 상고이유)

(1) 원고 3은 피고에 대한 회생절차가 종결된 후인 2016. 8. 13. 직접고용청구권이 발생하였으므로, 개정 파견법 제6조의2 제2항, 개정 파견법 시행령 제2조의2 제1호가 적용되지 않고, 피고는 원고 3에게 직접고용의무의 불이행으로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.

(2) 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고는 원고 3에게 직접고용의무 불이행으로 인한 손해배상으로 2016. 8.부터 2018. 3.까지 피고의 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자의 임금과 원고 3이 ○○으로부터 지급받은 임금의 차액 상당을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

(3) 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 파견법상 직접고용청구권 및 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」상 개시 후기타채권, 손해배상책임의 발생과 과실상계에 관한 법리오해, 채증법칙 위반, 심리 미진 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2. 임금 상당의 손해배상과 손익상계(대법원 2025.3.27. 선고

2021다245528, 2021다245535 판결 ; 대법원 2024.7.25. 선고

2019다222096·222102·222126·222119 판결 ; 대법원 2024.3.12. 선고

2019다28966·28973·28980·28997·29006 판결)

가. 문제

A주식회사는 자동차 부품을 제조하는 회사이다. A회사는 2010년부터 B기업과 도급계약을 체결하고 생산지원 업무를 수행하게 하였으나, 실제로는 B기업 소속 근로자들에 대하여 작업내용, 작업순서, 작업속도, 작업장소 등을 구체적으로 지시하였고, B기업 근로자들은 A회사 근로자들과 하나의 작업집단을 이루어 업무를 수행하였다. 근로자 갑, 을, 병은 2012년부터 B기업 소속으로 A회사 공장에서 근무하였다. 갑, 을, 병, 정은 2020년 A회사를 상대로 근로자지위확인 및 임금상당 손해배상청구 소

송을 제기하였다. 법원은 위 근로관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률상 불법파견에 해당한다고 판단하였고, A회사에게 직접고용의무가 발생하였음을 인정하였다. 한편 구체적인 사실관계는 다음과 같다.

(1) 갑은 A회사의 정규직 근로자들에게 적용되는 취업규칙에 따라 발생하는 연차휴가미사용수당 상당액의 지급을 청구하였다. A회사는 정규직 근로자들에게 근로기준법 제61조에 따른 연차휴가 사용촉진제도를 실시하여 왔다. 다만 갑에 대해서는 직접고용을 하지 않았으므로 사용촉진절차를 진행한 사실이 없다.

(2) 을은 A회사의 정규직 근로자들에게 지급되는 복지포인트 300만원 상당과 명절상품권 100만원 상당의 지급을 청구하였다. A회사의 복지포인트는 재직 중인 근로자에게 발급되는 사내 복지카드를 통하여 회사가 지정한 온라인 복지몰에서만 사용할 수 있다. 그런데 을은 소송 계속 중 정년에 도달하여 퇴직하였다.

(3) 병은 B기업을 상대로 통상임금 소송을 제기하여 연장근로수당·야간근로수당·휴일근로수당 차액 합계 2,000만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급받는 확정판결을 받았다. 병은 그 후 A회사를 상대로 불법파견에 따른 임금차액 상당의 손해배상금 1억원과 이에 대한 지연손해금을 청구하였다. A회사는 병이 이미 B기업으로부터 지급받은 2,000만 원은 손익상계되어야 한다고 주장하였다.

(4) 정은 2015년부터 B기업 소속으로 A회사 사업장에서 근무하였고, A회사에는 그 때부터 정의 직접고용의무가 발생하였다. 그런데 A회사는 2020.1.1. 정을 신규채용 형식으로 직접 고용하였다. 채용 당시 체결된 합의서에는 "2020.1.1. 이전의 근무기간은 호봉 산정에 일부 반영하되, 직접고용의무와 관련한 장래의 이의제기를 하지 않는다."라고 기재되어 있다. 또한 A회사는 정의 계속근로연수를 산정하면서 2020.1.1. 이전 기간은 산입하지 않았다. 정은 현재 A회사에 재직 중이며 아직 퇴직하지 않았다. 그럼에도 정은 "직접고용의무 발생일부터 2019.12.31.까지의 기간에 대한 퇴직금 상당액"을 손해배상으로 청구하였다. A회사는 "정은 아직 퇴직하지 않았으므로 퇴직금청구권 자체가 발생하지 않았다."고 주장한다.

①갑의 연차휴가미사용수당 상당 손해배상청구의 인정 여부, ②을이 청구하는 복지포인트 및 상품권의 지급청구가 인정되는지, 인정된다면 그 지급의 형태는 어떠한지, ③병이 B기업으로부터 지급받은 통상임금 소송 판결금이 손익상계의 대상이 되는지, 손익상계가 인정된다면 손해배상 원금과 지연손해금 중 어디에서 공제되어야 하는지, ④정이 청구하는 퇴직금 상당 손해배상청구의 인정 여부를 논하시오. (25점)

나. 판결요지

가. 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상금(피고의 제4-3 상고이유)

1) 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지 사용사업주에게 직접고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결 참조). 위 기간 중 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구하는 파견근로자는 손해배상의 일반원칙에 따라 손해를 증명할 책임을 부담하므로 발생한 연차휴가일수에서 사용한 연차휴가일수를 공제한 보상 대상이 되는 연차휴가일수를 증명하여야 한다. 이때 사용한 연차휴가일수는 청구기간 중 파견사업주 소속으로 사용사업주에 근로를 제공하며 실제 사용한 연차휴가일수가 있다면 이에 따르고, 이를 확인할 수 없거나 청구기간 중 사용사업주에게 근로제공이 이루어지지 않은 경우에는 청구기간 전에 파견사업주 소속으로 사용사업주에 근로를 제공하여 사용한 연차휴가일수, 해당 파견근로자와 같은 종류·유사 업무를 수행하는 사용사업주의 근로자들이 청구기간 중 사용한 연차휴가일수 또는 그 밖의 적당한 간접사실로 증명하면 충분하다. 다만 사용사업주의 사업장에서 근로기준법 제61조에 따른 연차휴가사용 촉진제도가 실시되고 있고, 관련근거규정의 내용, 대상이 되는 근로자의 범위, 시행 실태 등을 비롯한 여러 사정을 고려할 때, 파견근로자가 직접고용되었을 경우 위 제도에 따라 사용사업주로부터 사용촉진을 받았을 것과 그럼에도 자발적으로 휴가를 사용하지 않았을 것이 분명히 인정되는 경우에는 파견근로자는 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구할 수 없다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결 참조).

2) 원심은, 피고의 '직원보수 및 복리후생규정 시행세칙' 제17조 제2항은 연차휴가미사용수당을 일단 발생한 연차휴가일수대로 전액 지급한다는 전제 하에 피고가 소속 직원의 연차휴가 사용일수를 증명하여 그 사용일수에 해당하는 금액을 공제한다는 취지로 해석되는데 피고가 원고들의 사용일수를 증명하지 못한 점, 피고가 그 소속 현장직(실무직) 직원들에 대하여 근로기준법 제61조에서 정한 연차휴가 사용촉진 조치를 취한 사실은 인정되나 원고들에 대하여 그러한 조치를 취하지 않아 원고들이 자발적인 의사로 휴가를 사용할지 여부를 결정할 수 없었으므로 연차휴가 사용촉진

에 따른 보상의무면제가 원고들에 대하여는 적용될 수 없는 점 등을 근거로 들어 연차휴가 발생일수에 해당하는 연차휴가미사용수당 상당액을 그대로 손해로 인정하였다.

3) 앞서 본 법리에 따르면 연차휴가미사용수당 상당 손해 산정 시 미사용 연차휴가 일수는 원칙적으로 원고들이 증명하여야 하지만, 원심이 '직원보수 및 복리후생규정 시행세칙'에 별도 규정이 있음을 이유로 피고가 사용일수를 증명하지 못하는 한 발생일수에 해당하는 연차휴가미사용수당을 손해로 인정해야 한다고 판단한 것은 정당하다.

4) 그러나 피고가 그 소속 직원들에 대하여 연차휴가사용 촉진제도를 시행한 기간의 경우에는 만일 원고들이 직접 고용되었을 경우 위 제도에 따라 피고로부터 사용촉진을 받았을 것이라고 분명히 인정된다면 미사용 연차휴가가 있더라도 원고들은 연차휴가미사용수당 상당의 손해배상을 청구할 수 없다. 따라서 이 사건 예규 등에서 정한 현장직 안전순찰원 또는 실무직의 근로조건을 적용하는 것이 타당하다고 본 원심 으로서는, 피고의 사업장에서 위 현장직 안전순찰원 또는 실무직에게 연차휴가사용 촉진제도가 실제로 시행되었는지 여부, 시행 기간 및 위 근로자들이 연차휴가 사용촉진을 받았는지, 위 근로자들이 자발적으로 휴가를 사용하지 않았는지를 비롯한 그 시행 실태 등을 살펴봄으로써 원고들이 피고에 직접 고용되었다면 피고로부터 사용촉진을 받았을 것과 그럼에도 자발적으로 휴가를 사용하지 않았을 것임이 분명한지를 심리하여 그에 따라 연차휴가미사용수당 상당의 손해를 인정하였어야 한다. 그런데도 그 판시와 같은 이유만으로 원고들의 연차휴가미사용수당 상당의 손해를 인정한 원심의 판단에는, 직접고용의무 불이행으로 인한 손해의 산정 및 연차휴가사용촉진의 효력 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 퇴직금 상당의 손해배상금(원고들의 제3 상고이유)

1) 원심은 피고가 2019. 1. 1. 직접 고용한 원고들(고용단절 원고들 외에 나머지 원고들이 이에 해당한다. 이하 '나머지 원고들'이라 한다)의 퇴직금 상당의 손해배상 청구에 대하여, 나머지 원고들과 피고 사이의 근로관계가 종료하지 않아 퇴직금 청

구권의 발생 요건이 충족되지 않은 이상 나머지 원고들이 퇴직금 상당의 손해를 입었다고 볼 수 없다고 판단하여 이 부분 청구를 기각하였다.

2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 받아들이기 어렵다.

가) 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

① 피고의 사측 위원, 노측 위원, 전문가 위원은 2018. 11. 27. '안전순찰 용역부분 정규직 전환 합의'(이하 '이 사건 합의'라 한다)를 하였는데, 그 내용은 2017. 7. 20. 당시 재직자로서 2019. 1. 1.에 재직 중인 외주사업체 소속 안전순찰원을 2019. 1. 1.자로 피고의 정규직으로 전환하되, 전환 이전 외주사업체 근무경력은 기본적으로 매 2년에 1호봉씩을 인정하고, 2019. 1. 1. 이후의 기간에 대한 임금 등 근로조건에 관하여 일체의 소송 등 이의제기를 하지 않는다는 것이다.

② 피고는 이 사건 합의에 따라 2019. 1. 1.자로 나머지 원고들을 포함하여 위 요건을 충족한 안전순찰원을 직접 고용하였다(이하 '이 사건 채용'이라 한다).

③ 이후 피고는 위 채용자들에게 부여할 연차유급휴가 일수를 산정할 때 직접고용의 무 발생일부터 2018. 12. 31.까지의 기간은 계속근로연수에 포함시키지 않았다. ④ 이 사건 채용에 대하여 피고는 직접고용의무의 이행이 아닌 신규채용이라고 주장하고 나머지 원고들도 이를 부정하지 않고 있으며, 신규채용임을 전제로 한 근로조건에 관해서 나머지 원고들이 이의를 하였다는 사정은 기록상 발견되지 않는다.

나) 이와 같은 사실관계에 비추어 보면, 피고는 2019. 1. 1. 이 사건 채용으로 나머지 원고들을 신규로 채용하고, 나머지 원고들은 파견법에 따른 직접고용청구권을 장래를 향해 포기하며 이 사건 채용에 응한 것으로 볼 여지가 있다. 만일 사정이 그렇다면 '파견법상 직접고용의무 발생일부터 이 사건 채용이 있기 전까지의 기간'은 특별한 사정이 없는 한 나머지 원고들이 장래에 피고로부터 퇴직하여 퇴직금을 산정할 경우 계속근로기간에 포함될 수 없으므로, 위 기간에 대한 퇴직금 상당액은 나머지 원고들의 직접고용청구권의 포기 및 이 사건 채용에 의하여 손해로 확정된다고 보아야 한다.

다) 따라서 원심으로서는 이 사건 채용 시 나머지 원고들이 파견법에 따른 직접고용 청구권을 장래를 향해 포기하고 2019. 1. 1.부터는 피고와 근로관계를 새롭게 설정한 것인지 등을 심리하여 만일 그러한 사정이 인정된다면 직접고용의무 발생일부터 2018. 12. 31.까지를 계속근로기간으로 하는 퇴직금 상당액을 나머지 원고들의 손해로 인정하였어야 한다. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 나머지 원고들의 퇴직금 상당 손해배상 청구를 모두 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 직접고용청구권의 포기, 직접고용의무 불이행으로 인한 퇴직금 상당의 손해배상 청구권의 발생 요건 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 았음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 선물비, E, 재래시장상품권 상당의 금전 지급청구에 관하여(제8 상고이유)

1) 임금 외 포인트, 상품권의 지급을 구할 수 있는지 여부

직접고용간주의 효과나 직접고용의무가 발생한 파견근로자는 사용사업주에게 직접 고용되었다면 지급받았을 임금뿐 아니라 사용사업주가 그 소속 근로자에게 지급의무를 부담하는 포인트, 상품권과 같은 금품 등에 대하여도 그 지급을 구할 수 있다.

같은 취지에서 피고가 소속 근로자들에게 지급한 선물비, E(선물비와 E는 포인트 형식으로 부여되므로 이하 통칭하여 '포인트'라 한다), 재래시장상품권(이하 '상품권'이라고만 한다) 내지 그 가액 상당의 금전을 원고들에게도 지급할 의무가 있다고 본 원심의 판단은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 파견근로자가 청구할 수 있는 급부의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

2) 금전 지급을 명한 원심판단의 당부

(1) 원심은, 현실적으로 복지포인트 등에 대한 강제집행이 곤란한 점 등에 비추어 보면, 피고가 원고들의 포인트, 상품권 교부 요구에 응하지 았고 있는 이상 그 가액 상당의 금전 지급을 청구할 수 있다고 판단하였다.

(2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

구 파견법에 따라 직접고용간주 효과가 발생한 파견근로자는 피고의 근로자로서 받을 수 있었던 본래의 급부의 이행을 구하여야 함이 원칙이고, 본래의 급부의무가 이행불능이 된 경우에 한하여 금전으로 손해배상을 청구할 수 있다.

원심판결 이유 및 기록에 의하여 알 수 있는 포인트와 상품권의 내용, 용도, 성격 등에 비추어 보면, 피고가 부담하는 포인트, 상품권 교부의무는 그 개별적 특수성이 중요하지 않고 동종, 동량의 것을 발행 내지 취득하여 지급하면 되는 종류채무라고 보아야 한다. 그렇다면 현실적으로 그 대체물을 교부할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 본래의 급부인 포인트, 상품권 교부의무가 이행불능이 되었다고 할 수 없다.

다만, 기록에 의하면 피고의 근로자들이 포인트를 부여받아 사용하기 위해서는 피고 재직자에게 발급되는 복지카드를 이용하여 피고 직원들을 위한 온라인 복지물에서 물품을 구매하는 등의 방법을 취하여야 하는 사실을 알 수 있는바, 퇴직이나 사망 이후에는 더 이상 피고의 근로자로 근무할 수 없는 관계로 포인트를 부여받아 사용할 수 없으므로, 본래의 급부인 포인트 교부의무가 이행불능이 되었다고 볼 여지가 크다. 따라서 원심으로서도 피고가 원고들에게 포인트, 상품권의 대체물을 교부할 수 있는지 심리하여 본래의 급부인 포인트, 상품권 교부의무가 이행불능이 되었는지 판단하였어야 하고, 특히 포인트와 관련하여서는 직접고용간주 근로자인 원고들 중 피고의 정년을 도과하였거나 사망한 사람이 있는지 가려낸 후 그러한 정년 도과 근로자 또는 사망 근로자의 상속인이 포인트를 교부받아 사용할 수 있는지 여부까지 심리하여 본래의 급부인 포인트 교부의무의 이행이 불가능하게 되었는지를 판단하였어야 한다.

(3) 그럼에도 원심은 본래의 급부인 포인트, 상품권 교부의무가 이행불능이 되었는지 살피지 아니한 채 판시와 같은 이유만으로 원고들의 포인트, 상품권 가액 상당의 금전 지급청구를 받아들였다. 이러한 원심의 판단에는 종류채무의 이행불능으로 인한 손해배상에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

라. 사내협력업체에 대한 통상임금 청구소송 인용금액의 공제

1) 채무불이행이나 불법행위 등으로 인하여 손해를 입은 채권자 또는 피해자 등이 동일한 원인에 의하여 이익을 얻은 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 손해배상액을 산정함에 있어서 공제되어야 한다. 이와 같이 손해배상액의 산정에 있어 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다31361 판결 등 참조).

2) 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 별지 3 명단 기재 원고들은 소속 사내협력업체를 상대로 상여금 등이 통상임금 산정에 누락되었다고 주장하며, 재산정한 통상임금을 기초로 산정한 법정수당과 기 지급액의 차액을 구하는 소를 제기하여 일부 승소 판결을 받았고, 그 판결이 확정된 사실을 알 수 있다. 사내협력업체가 급여지급일에 지급한 임금뿐 아니라 위 판결에 따라 지급하는 법정수당 또한 위 법리에 따른 손익상계의 대상이 되므로, 위 판결금이 실제 지급되었다면 그 원금은 피고가 위 원고들에게 지급하여야 하는 손해배상금에서 공제되어야 하지, 그 지연손해금에서 공제되어서는 아니 된다. 그런데도 원심은 위 판결의 원금을 손해배상금의 지연손해금에서 우선하여 공제하였는바, 원심의 판단에는 손익공제에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 답안용 사안의 적용

1. 갑의 연차휴가미사용수당 상당 손해배상

갑은 A회사의 직접고용의무 불이행으로 직접고용되었더라면 받을 수 있었던 임금 상당 손해배상을 청구할 수 있다. 연차휴가미사용수당 상당액도 그 범위에 포함될 수 있다. 다만 파견근로자가 연차휴가미사용수당 상당 손해배상을 청구하는 경우 원칙적으로 보상 대상이 되는 미사용 연차휴가일수를 증명해야 한다. 또한 사용사업주 사업장에서 근로기준법 제61조의 연차휴가사용촉진제도가 실시되고 있고, 직접고용되었다면 사용촉진을 받았을 것과 그럼에도 자발적으로 휴가를 사용하지 않았을 것이 분명한 경우에는 연차휴가미사용수당 상당 손해배상을 청구할 수 없다. 사안에서 A회사는 정규직 근로자들에게 연차휴가사용촉진제도를 시행해 왔고, 정규직 근로자들은 대부분 이에 따라 연차휴가를 사용하였다. 갑에게 실제 사용촉진을 하지 않은

것은 A회사가 직접고용의무를 이행하지 않았기 때문이지만, 갑이 직접고용되었더라면 정규직과 동일하게 사용촉진을 받았을 가능성이 크다. 따라서 갑은 단순히 “사용촉진을 실제로 받지 않았다”는 이유만으로 연차휴가미사용수당 상당액 전부를 청구할 수는 없다. A회사의 사용촉진제도 시행 실태, 적용 대상, 실제 휴가 사용률, 갑과 같은 업무 근로자들의 휴가 사용 정도 등을 심리하여 갑이 직접고용되었더라도 미사용 연차가 남았을 것인지 판단해야 한다. 사안처럼 대부분 정규직이 사용촉진에 따라 휴가를 사용하였다면, 갑의 청구는 전부 또는 상당 부분 부정될 것이다.

2. 을의 복지포인트 및 상품권

직접고용간주 효과나 직접고용의무가 발생한 파견근로자는 사용사업주가 소속 근로자에게 지급의무를 부담하는 포인트, 상품권과 같은 금품도 청구할 수 있다. 따라서 을은 A회사 정규직에게 지급되는 복지포인트와 명절상품권 상당의 급부를 청구할 수 있다. 다만 중요한 것은 지급 방식이다. 판례에 따르면 포인트·상품권은 원칙적으로 본래 급부인 포인트 또는 상품권 자체의 지급을 구해야 하고, 그 급부가 이행불능이 된 경우에 한하여 가액 상당의 금전배상을 청구할 수 있다고 보았다. 사안에서 명절상품권은 대체 가능한 종류물에 가까우므로, A회사가 동종·동량의 상품권을 취득하여 교부할 수 있다면 곧바로 현금 지급을 명할 수는 없다. 원칙적으로 상품권 자체의 교부가 먼저 문제된다. 반면 복지포인트는 재직 중인 직원에게 발급되는 복지카드를 통해 온라인 복지물에서만 사용할 수 있다. 을은 소송 계속 중 정년에 도달하여 퇴직하였으므로, 더 이상 A회사 재직자로서 복지카드를 발급받거나 복지물을 이용할 수 없다면 복지포인트 자체의 지급은 이행불능으로 볼 여지가 크다. 이 경우 을은 복지포인트 가액 상당의 금전배상을 청구할 수 있다. 결론적으로 을은 복지포인트와 상품권을 청구할 수 있으나, 상품권은 원칙적으로 현물 교부가 우선이고, 복지포인트는 퇴직으로 사용이 불가능하다면 금전배상이 인정될 수 있다.

3. 병의 선행 통상임금 판결금 공제

불법파견에 따른 임금 상당 손해배상청구에서 파견근로자가 협력업체를 상대로 한 통상임금 소송으로 지급받은 법정수당 차액은 손익상계의 대상이 된다. 사안에서 병은 B기업을 상대로 통상임금 소송을 제기하여 연장·야간·휴일근로수당 차액 2,000만

원을 지급받았다. 이는 병이 A회사에 직접고용되었더라면 받을 수 있었던 임금 상당 손해와 같은 기간·같은 근로제공을 기초로 발생한 이익이다. 따라서 위 2,000만 원은 A회사가 부담할 손해배상액에서 공제되어야 한다. 공제 위치도 중요하다. 판례는 선행 통상임금 판결금의 원금은 손해배상금의 지연손해금에서 먼저 공제할 것이 아니라, 손해배상 원금에서 공제해야 한다고 보았다. 따라서 병의 손해배상 원금이 1억 원이라면, B기업으로부터 받은 2,000만 원은 지연손해금이 아니라 원금 1억 원에서 공제되어야 한다. 즉 A회사의 손해배상 원금은 8,000만 원을 기준으로 산정된다.

4. 정의 퇴직금 상당 손해배상

쟁점은 정이 아직 A회사에서 퇴직하지 않았음에도 직접고용의무 발생일부터 실제 신규채용 전까지의 기간에 대한 퇴직금 상당 손해배상을 청구할 수 있는지이다. 원칙적으로 퇴직금청구권은 근로관계 종료 시 발생한다. 따라서 단순히 현재 재직 중이라면 퇴직금 자체의 청구권은 아직 발생하지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 판례에 따르면 사용사업주가 파견근로자를 신규채용 형식으로 채용하고, 직접고용의무 발생일부터 신규채용 전까지의 기간이 장래 퇴직금 산정의 계속근로기간에 포함될 수 없게 된 경우에는, 그 기간에 대한 퇴직금 상당액이 손해로 확정될 수 있다. 사안에서 A회사에는 2015년경 정의 직접고용의무가 발생하였다. 그런데 A회사는 2020. 1. 1. 정을 직접고용의무 이행이 아니라 신규채용 형식으로 채용하였다. 또한 합의서에는 2020. 1. 1. 이전 근무기간은 호봉 산정에 일부 반영할 뿐, 장래의 이익제기를 하지 않는다는 내용이 있고, A회사는 실제로 2020. 1. 1. 이전 기간을 계속근로연수에 산입하지 않았다. 그렇다면 정의 장래 퇴직할 때 2012년부터 2019. 12. 31.까지의 기간은 퇴직금 산정의 계속근로기간에 포함되지 않을 가능성이 크다. 이는 단순히 장래 퇴직금청구권이 아직 발생하지 않았다는 문제가 아니라, A회사의 직접고용의무 불이행 및 신규채용 처리로 인해 과거 기간의 퇴직금 상당 이익이 이미 상실된 문제이다. 따라서 정의 2020. 1. 1. 신규채용에 응하면서 파견법상 직접고용청구권을 장래를 향해 포기한 것으로 평가되고, 그 결과 2012년부터 2019. 12. 31.까지의 기간이 장래 퇴직금 산정에 포함될 수 없다면, 정은 아직 퇴직하지 않았더라도 위 기간에 대한 퇴직금 상당액을 손해배상으로 청구할 수 있다.



3. 차별시정제도

(대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47857 판결)

가. 사실관계

원고 : 사용자

피고 : 중앙노동위원회 위원장

(1) 원고는 카지노업, 관광호텔업 등을 운영하는 회사이다. 소외 1, 소외 2, 소외 3, 소외 4, 소외 5(이하 ‘이 사건 근로자들’이라 한다)는 원고와 딜러(dealer) 업무를 수행하기로 하는 기간제 근로계약을 체결하고 3차례에 걸쳐 계약기간을 연장하여 2012. 8. 20.부터 2014. 3. 31.까지 원고의 카지노 사업장에서 근무하였다.

(2) 소외 1, 소외 2, 소외 3, 소외 4는 원고에 입사하기 이전에 다른 카지노에서 근무한 경력(이하 ‘외부 근무경력’이라 한다)이 없었고, 소외 5는 외부 근무경력이 1년이었다.

(3) 기간제 딜러인 이 사건 근로자들은 정규직 딜러와 마찬가지로 카지노 사업장에서 딜러 업무를 수행하였다. 정규직 딜러는 블랙잭(blackjack), 바카라(baccarat), 룰렛(roulette), 다이사이(tai-sai), 빅휠(big wheel), 캐리비언스터드포커(Caribbean Stud Poker), 쓰리카드포커(three card poker), 카지노워(casino war) 등 8개 종목을 진행한 반면, 이 사건 근로자들은 그중 블랙잭, 바카라 등 2개 종목만 진행하여 이 사건 근로자들과 정규직 딜러 사이에 진행할 수 있는 종목의 수가 달랐으나, 블랙잭, 바카라가 전체 진행 게임 중 76.7%를 차지하였다.

(4) 이 사건 근로자들은 원고가 이 사건 근로자들과 같은 기간제 딜러에게 특별상여금과 호텔봉사료를 지급하지 않은 것은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제8조 제1항에 위반되는 차별이라고 주장하면서 강원

지방노동위원회에 차별의 시정을 구하는 신청을 하였다.

(5) 강원지방노동위원회는 2015. 1. 7. 원고가 이 사건 근로자들에게 특별상여금, 호텔봉사료를 지급하지 않은 것은 기간제법 제8조 제1항의 합리적인 이유 없는 차별적 처우라고 인정하였다.

(6) 원고는 위 초심판정에 불복하여 중앙노동위원회에 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2015. 4. 13. 원고의 재심신청을 기각하였다(이하 ‘이 사건 재심판정’이라 한다). 이 사건 재심판정은 원고의 정규직 달러로 채용되기 위해서는 우선 계약직 달러(이 사건 근로자들과 같은 기간제 달러와는 다른 개념이다) 등으로 1년 6개월에서 2년 정도 근무해야 하는 점을 고려하여, 이 사건 근로자들에게 불리한 처우가 있었는지를 판단하기 위해 비교대상으로 삼아야 할 근로자(이하 ‘비교대상 근로자’라 한다)는, 외부 근무경력이 1년인 근로자의 경우 사원 1호봉의 정규직 달러보다 호봉이 1단계 낮은 마이너스 1호봉의 정규직 달러, 외부 근무경력이 없는 근로자의 경우 사원 1호봉의 정규직 달러보다 호봉이 2단계 낮은 마이너스 2호봉의 정규직 달러라고 보았다. 그런데 원고 직제상 마이너스 호봉의 근로자는 존재하지 않는다.

(7) 원고는 이 사건 소를 제기하였는데, 원심은 원고가 이 사건 근로자들에게 특별상여금과 호텔봉사료를 지급하지 않은 것이 기간제근로자임을 이유로 하는 불리한 처우에 해당하지만 그러한 차별에 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.

(8) 이 사건 근로자들은 원고가 특별상여금, 호텔봉사료를 지급하지 않은 것이 차별적 처우라고 주장하면서 차별 시정 신청을 하였다.

(9) 이 사건 근로자들은 외부 근무경력에 따라 차등을 둔 시간급으로 계산된 임금(이하 ‘기본급여’라 한다)을 매월 지급받았고 그 밖의 다른 수당은 지급받지 않았다.

(10) 이 사건 근로자들이 근무하던 무렵 원고의 정규직 달러는 급여규정, 급여규정 시행세칙에 따라 호봉급과 직무급을 합한 기본급, 벽지(문화)수당(월 10만 원), 고객서비스수당(월 30만 원), 정기상여금(1월, 3월, 5월, 7월, 9월, 11월의 급여지급일에 각 기본급에 30만 원을 합한 금액의 100%를 지급함), 특별상여금[설·하계휴가(상반

기 말일)·추석 특별상여금은 각각 기본급에 30만 원을 합한 금액의 100%를 지급하고, 연말 특별상여금은 기본급에 30만 원을 합한 금액을 기준으로 지급하는데 2012년과 2013년에는 각각 위 기준액의 350%를 지급함을 지급받았다. 또한 정규직 딜러는 원고의 결정에 따라 별도로 호텔봉사료를 지급받았다.

(11) 원고의 급여규정 등에 호텔봉사료 지급에 관한 근거 규정이 없고, 급여규정이나 급여규정 시행세칙의 규정 내용에 비추어 보면 정규직 딜러의 임금체계에서 호텔봉사료는 전혀 고려되지 않은 것으로 보인다.

(12) 이 사건 근로자들이 근무한 기간(2012. 8. 20. ~ 2014. 3. 31.) 동안 월 근로시간이 209시간(유급 주휴시간 35시간을 포함)이라는 전제로 이 사건 근로자들의 기본급여액을 산정하면 ① 외부 근무경력이 없는 경우 29,935,720원, ② 외부 근무경력이 1년 있는 경우 42,092,600원이다. 같은 기간 동안 비교대상 근로자인 사원 1호봉 정규직 딜러에게 지급되는 임금은 기본급 18,380,841원, 벽지(문화)수당 1,938,710원, 고객센터서비스수당 5,816,130원, 정기상여금 12,492,000원, 특별상여금 15,006,000원, 호텔봉사료 1,742,300원 등 합계 55,375,981원이다.

(13) 원고는 원고의 호텔에서 고객들에게 제공한 숙박, 식사 등의 서비스 대가의 10% 상당 금액을 고객들로부터 호텔봉사료 명목으로 징수하고, 이를 재원으로 이 사건 근로자들과 같은 기간제 딜러를 제외한 전 직원들에게 호텔봉사료 명목의 금액을 균등 지급하였다. 매월 징수되는 호텔봉사료 액수가 다르기 때문에 직원들은 매월 일정하지 않은 금액의 호텔봉사료를 지급받았다.

(14) 원고의 호텔봉사료 지급 기안문에 기재된 '호텔봉사료 지급기준'에 따르면 호텔봉사료는 '전 직원'에게 균등 지급하도록 되어 있고, 그 지급대상에서 기간제근로자를 제외한다고 정하고 있지 않다.

나. 판결요지

- 비교대상 근로자에 관한 판단 방법

(1) 기간제법 제8조 제1항은 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”라고 정하고 있다.

(2) 이러한 규정의 문언 내용과 기간제근로자에 대해 실제로 존재하는 불합리한 차별을 시정하고자 하는 기간제법의 취지 등을 고려하면, 기간제근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자 중에서 선정하여야 하고, 이러한 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제로 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다.

(3) 원심은 기간제 딜러인 이 사건 근로자들에 대해 마이너스 1호봉 또는 마이너스 2호봉에 해당하는 가상의 정규직 딜러를 비교대상 근로자로 삼아야 한다는 피고의 주장을 배척하고, 비교대상 근로자는 원고 소속 근로자 중 사원 1호봉의 정규직 딜러로 봄이 타당하다고 판단하였다.

(4) 위에서 본 법리에 따라 원심판결 이유를 살펴보면 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 비교대상 근로자에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

- 불리한 처우가 존재하는지 여부

(1) 기간제법 제2조 제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기에서 불리한 처우란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 등 참조).

(2) 기간제근로자가 기간제근로자임을 이유로 임금에서 비교대상 근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

(3) 다만 기간제근로자와 비교대상 근로자의 임금이 서로 다른 항목으로 구성되어 있거나, 기간제근로자가 특정 항목은 비교대상 근로자보다 불리한 대우를 받은 대신 다른 특정 항목은 유리한 대우를 받은 경우 등과 같이 항목별로 비교하는 것이 곤란 하거나 적정하지 않은 특별한 사정이 있는 경우라면, 상호 관련된 항목들을 범주별로 구분하고 각각의 범주별로 기간제근로자가 받은 임금 액수와 비교대상 근로자가 받은 임금 액수를 비교하여 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다. 이러한 경우 임금의 세부 항목이 어떤 범주에 속하는지는, 비교대상 근로자가 받은 항목별 임금의 지급 근거, 대상과 그 성격, 기간제근로자가 받은 임금의 세부 항목 구성과 산정 기준, 특정 항목의 임금이 기간제근로자에게 지급되지 않거나 적게 지급된 이유나 경위, 임금 지급 관행 등을 종합하여 합리적이고 객관적으로 판단하여야 한다.

(4) 이 사건 근로자들과 비교대상 근로자의 임금은 서로 다른 항목으로 구성되어 있으므로 이 사건 근로자들에게 불리한 처우가 존재하는지 판단하기 위해서는 임금 항목별로 비교할 수 없고, 이 사건 근로자들의 기본급여에 대응하는 범주인 비교대상 근로자의 임금 항목을 합한 금액과 비교하여야 한다. 비교대상 근로자의 임금 항목 중 호텔봉사료는 다른 지급 항목과 달리 급여규정 등에 지급 근거가 없고, 비교대상 근로자가 적용받는 임금 체계와 무관하게 ‘호텔봉사료 지급기준’에 따라 기간제 딜러를 제외한 전 직원에게 균등 지급되고 있으며, 매월 고객들로부터 별도로 징수된 돈을 재원으로 하고 다른 지급 항목과 달리 매월 금액이 일정하지 않다. 따라서 이 사건 근로자들의 기본급여가 호텔봉사료까지 고려하여 정해졌다고 보기 어렵다. 결국 비교대상 근로자가 받은 호텔봉사료는, 같은 근로자에게 지급된 다른 지급 항목들, 즉 기본급, 벽지(문화)수당, 고객센터서비스수당, 정기상여금, 특별상여금을 합한 것과는 별도의 범주라고 보고, 각각의 범주별로 불리한 처우가 존재하는지를 판단해야 한다.

(5) 이 사건 근로자들이 지급받은 기본급여와 비교대상 근로자가 지급받은 기본급, 벽지(문화)수당, 고객센터서비스수당, 정기상여금, 특별상여금을 합한 금액을 비교해 보면, 이 사건 근로자들에게 불리한 처우가 존재한다. 또한 이 사건 근로자들은 호텔봉사료를 전혀 지급받지 못하였으므로 그 부분에서도 불리한 처우가 존재한다.

(6) 그런데도 비교대상 근로자인 정규직 딜러가 받은 기본급, 벽지(문화)수당, 고객센터 서비스수당, 정기상여금, 특별상여금에 호텔봉사료까지 포함한 총액과 기간제근로자인 이 사건 근로자들이 받은 기본급을 비교하여 불리한 처우가 있는지를 판단한 원심판결에는 기간제법상 불리한 처우의 판단 방법에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

- 차별에 합리적인 이유가 있는지 여부

(1) 임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 차별적 처우로 정의하고 있는 기간제법 제2조 제3호의 규정 내용을 고려하면, 임금 세부 항목별이 아닌 각 범주별로 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 때에는 합리적 이유가 있는지 여부도 범주별로 판단하여야 한다.

(2) 여기에서 합리적인 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 것을 뜻한다. 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로, 급부의 실제 목적, 고용형태의 속성과 관련성, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 노동의 강도·양과 질, 임금이나 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 등 참조).

(3) 위에서 본 바와 같이 호텔봉사료는 나머지 임금 항목과는 별도의 범주로 보아 불리한 처우가 있는지를 판단하여야 하므로, 호텔봉사료를 지급하지 않은 차별과 나머지 임금 항목에서 발생한 차별에 합리적인 이유가 있는지에 관해서도 별도로 판단하여야 한다.

(4) 원심판결 이유와 기록에 의해 인정되는 다음의 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 근로자들이 지급받은 기본급액과 그에 대응하여 비교대상 근로자가 지급받은 기본급, 벽지(문화)수당, 고객센터서비스수당, 정기상여금, 특별상여금을 합한 금액에 차이를 둔 것은 합리적 이유가 있다.

① 원고는 카지노영업직군에 속하는 정규직 딜러를 채용할 때에는 채용 전에 인턴이나 계약직 딜러로 일정 기간 근무하게 한 후 정규직 딜러로 전환하는 방식을 채택하

고 있다. 2011. 7. 11. 정규직 달러로 전환된 직원은 전환 전에 1년 6개월간 계약직 달러로 근무하였고, 2014. 1. 1. 정규직 달러로 전환된 직원은 전환 전에 2년간 계약직 달러로 근무하였다. 정규직 달러는 9주간의 교육을 받지만, 기간제 달러는 외부 근무경력이 있는 경우 1주간, 외부 근무경력이 없는 경우 4주간의 교육을 받는다. 이와 같이 비교대상 근로자인 사원 1호봉 정규직 달러는 이 사건 근로자들보다 재직 기간이 길 뿐만 아니라 업무에 대해 심층적인 교육을 받아 이 사건 근로자들에 비하여 업무숙련도가 높다고 볼 수 있다.

② 이 사건 근로자들은 원고 회사에 입사할 당시 소외 1, 소외 2, 소외 3, 소외 4는 외부 근무경력이 없었고, 소외 5는 외부 근무경력이 1년이였다. 따라서 정규직 달러들은 모두 이 사건 근로자들보다 근무경력이 더 길다. 원고의 카지노는 다른 카지노에 비해 방문객 수나 매출액이 현저히 많고 한 게임에 참여하는 인원수도 많은 등 다른 카지노와 근무 환경이나 업무 강도가 다르기 때문에, 원고가 임금을 정할 때 외부 근무경력보다 원고 카지노 근무경력을 높이 평가하는 것이 불합리하지 않다.

③ 비교대상 근로자는 입사 이후 교육과 경험을 통하여 블랙잭, 바카라, 룰렛, 다이사이, 빅휠, 캐리비언스터드포커, 쓰리카드포커, 카지노워 등 8개 종목의 달러로 배치되는 반면, 이 사건 근로자들은 블랙잭, 바카라 등 2개 종목에 한정하여 달러로 배치되었다. 비교대상 근로자만 수행할 수 있는 특수한 업무가 있다는 점은 원고가 임금을 정할 때 고려할 수 있는 사정이다.

④ 외부 근무경력이 없는 사람이 블랙잭, 바카라 중 어느 한 종목에서 어느 정도 숙달되는 데에는 수개월의 시간이 필요하므로 이 사건 근로자들 중 외부 근무경력이 없는 근로자들은 비교대상 근로자보다 업무능력이 부족하다고 볼 수 있다.

결국 원심판결의 불리한 처우 판단 방법에 관한 위와 같은 잘못에도 불구하고 정규직 달러와 달리 이 사건 근로자들에게 특별상여금을 지급하지 않은 것에 합리적인 이유가 있다고 판단한 원심의 이 부분 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 기간제법상 차별의 합리적 이유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

(5) 그러나 원심판결 이유와 기록에 의해 인정되는 다음의 사정을 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 근로자들에게 호텔봉사료를 전혀 지급하지 않은 것은 합리적 이유 있는 차별이라고 할 수 없다.

① 원고는 원고의 호텔에서 발생하는 봉사료 명목의 금원 중 일부를 제외하고 남은

돈을 기간제 딜러를 제외한 직원들에게 지급하였다. 지급되는 호텔봉사료는 직원들의 호봉이나 경력과 무관하게 동일한 액수로 정해졌다.

② 원고의 급여 관련 규정상 정규직 딜러의 임금체계에서 호텔봉사료를 고려하지 않은 것으로 보인다. 반면 원고가 소속 근로자들에게 호텔봉사료를 지급하면서 작성한 지급기안문에 따르면 호텔봉사료는 ‘전 직원’에게 균등 지급하도록 되어 있고 기간제근로자를 제외한다고 정하고 있지 않다.

③ 위에서 본 기간제 딜러와 정규직 딜러 사이의 차이를 고려하더라도, 호텔봉사료의 성격, 지급근거와 대상 등에 비추어 보면, 호텔봉사료 지급에서 기간제 딜러만 배제해야 할 특별한 이유를 찾기 어렵다.

그런데도 원심은 이 사건 근로자들에 대한 호텔봉사료 차별에 합리적인 이유가 인정된다고 판단하였다. 원심의 판단에는 기간제법상 차별의 합리적 이유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.



4. 업무상재해

(대법원 2017.4.27. 선고 2016두55919 판결)

가. 문제

원고 : 근로자의 유족

피고 : 근로복지공단

갑은 A주식회사 생산팀의 반장으로 근무하고 있었다. 을은 같은 생산팀 소속 근로자로서 생산팀 총무업무를 담당하고 있었다. 갑과 을은 야간근무 중 회사로부터 지급되는 회식비의 사용방법을 두고 의견이 대립하였다. 갑은 "기존 관행대로 전 직원이 함께 사용하는 회식비로 쓰자."고 주장하였고, 을은 "회식에 참석하지 않는 직원들에게도 현금으로 나누어 주어야 한다."고 주장하였다. 양측의 언쟁이 계속되던 중 을은 갑에게 "그렇게 사용하면 갈취와 다를 바 없다."고 말하였다. 이에 격분한 갑은 을의 얼굴을 수회 때렸고, 을도 이에 대항하여 갑과 몸싸움을 벌였다. 동료 직원들이 싸움을 말려 일단 상황이 정리되었으나 갑은 다시 대걸레 막대를 들고 을에게 다가갔고, 두 사람은 재차 몸싸움을 벌였다. 이후 갑은 갑자기 가슴 통증을 호소하면서 쓰러졌고, 병원으로 이송되었으나 급성 심장사로 사망하였다. 한편 갑은 평소 관상동맥질환을 앓고 있었으며, 의료진은 위 다툼 과정에서 받은 신체적·정신적 충격이 기존 심장질환을 급격히 악화시켜 사망에 이르게 하였다는 소견을 제시하였다. 근로복지공단은 "갑은 스스로 폭행을 시작하였고 이는 형법상 폭행죄에 해당하는 범죄행위이며, 범죄행위가 원인이 되어 사망한 경우에는 산업재해보상보험법 제37조 제2항에 따라 업무상 재해가 될 수 없다."는 이유로 유족급여 및 장의비 지급을 거부하였다. 갑의 배우자 병은 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 갑의 사망이 산업재해보상보험법상 업무상 재해에 해당하는가? (25점)

나. 판결요지

(1) 망인과 소외 2가 말다툼을 벌이게 된 근본 원인은 회사로부터 분배된 야식비의 구체적 사용방법에 관한 것이었으므로, 이 사건 다툼은 회사에서의 업무처리 방식과 관련한 다툼으로 볼 수 있다.

(2) 원심은 망인이 먼저 소외 2를 자극하거나 도발하여 이 사건 다툼이 발생한 것으로 전제하고 있으나, 야식비와 관련된 논의 과정에서 오히려 소외 2가 망인에게 먼저 갈취 등을 언급하며 공격적인 발언을 한 것으로 볼 수 있고, 이러한 발언은 망인이 업무와 관련하여 정당하게 개진한 의견을 범죄행위에 빚대는 모욕적인 것으로서, 망인과 소외 2의 회사 내에서의 관계 등을 고려하면 이러한 발언의 정도가 가벼운 것이라고 단정하기 어렵다.

(3) 이 사건 다툼이 발생한 장소는 회사 내부였고, 당시 망인과 소외 2는 함께 야간 근무 중이었으며, 두 사람 사이에 위 문제 이외에 사적인 원한관계가 있었다는 사정도 엿보이지 아니한다.

(4) 위와 같은 사정을 종합하면, 이 사건 다툼은 직장 안의 인간관계 또는 직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험이 현실화되어 발생한 것으로 보아야 하고, 망인과 소외 2의 사적인 관계에서 기인하였다거나 망인이 직무의 한도를 넘어 상대방을 자극하거나 도발함으로써 발생한 경우라고 보기 어렵다.

(5) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 업무관련성을 부정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 업무관련성에 관한 법리를 오해하여 그릇된 판단을 함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

(6) 산재보험법 제37조 제2항 본문은 “근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

(7) 원심은, 망인의 소외 2에 대한 폭력행위가 형사상 범죄행위에 해당하는데 망인은 결과적으로 그 폭력행위가 원인이 되어 사망한 것이므로, 망인의 사망은 산재보험법 제37조 제2항 본문에 의하더라도 업무상 재해로 볼 수 없다고 판단하였다.

(8) 그러나 산재보험법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 사망 등이 발생한 경우’라 함은, 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미하는 것이지, 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자가 그 근로자를 공격하여 사망 등이 발생한 경우와 같이 간접적이거나 부수적인 원인이 되는 경우까지 포함된다고 볼 수는 없다.

(9) 그럼에도 원심은 위와 같은 이유를 들어 망인의 사망이 업무상 재해에 해당되지 않는다고 보았으니, 이러한 원심의 판단에는 산재보험법 제37조 제2항 본문에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 답안용 사안의 적용

1. 산재법상 업무상 사고에 해당하는지 여부

산재보험법 제37조 제1항 제1호 가목은 근로자가 근로계약에 따른 업무나 그에 따르는 행위를 하던 중 발생한 사고를 업무상 사고로 본다. 근로자가 타인의 폭력에 의하여 재해를 입은 경우라도, 그 폭력이 사적 관계에서 비롯되었거나 근로자가 직무의 한도를 넘어 상대방을 자극·도발한 경우에는 업무상 재해가 아니다. 그러나 직장 내 인간관계 또는 직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험이 현실화된 경우라면 업무상 재해가 인정된다. 사안에서 갑과 을의 다툼은 단순한 사적 감정싸움이 아니다. 다툼의 원인은 회사가 지급한 회식비 또는 야식비의 사용방법이었다. 갑은 기존 관행대로 단체회식비로 사용하자고 하였고, 을은 불참자에게 현금으로 나누어 주어야 한다고 주장하였다. 이는 회사 내 비용 처리 및 운영 방식에 관한 문제이다. 또한 다툼은 회사 내부에서 야간근무 중 같은 생산팀 근로자 사이에서 발생하였다. 갑과 을 사이에 별도의 사적 원한관계가 있었다는 사정도 없다. 을이 갑에게 “갈취와 다를 바 없다”고 말한 것은 업무처리 의견을 범죄행위에 빚댄 공격적 발언으로 볼 수 있고, 이로 인해 직장 내 인간관계의 긴장이 폭력적 충돌로 현실화된 것이다. 물론 갑이 먼저 을을 폭행하였고, 동료들의 만류 후에도 다시 대걸레 막대를 들고 다가간 사정은 불리하다. 그러나 그것만으로 다툼 전체가 갑의 사적인 화풀이에 불과하다고 단정하기는 어렵다. 다툼의 근본 원인이 업무 관련 비용의 사용방법에 있었고, 장소·시간·당사자 관계도 모두 업무와 밀접하게 연결되어 있기 때문이다. 따라서 갑의 사망은

직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험이 현실화된 것으로서 업무와 상당인과관계가 인정된다. 산재보험법 제37조 제1항 제1호 가목의 업무상 사고에 해당한다.

2. 산재법 제37조 제2항 적용 여부

산재보험법 제37조 제2항은 근로자의 고의·자해행위·범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해·사망은 업무상 재해로 보지 않는다고 규정한다. 문제는 갑이 먼저 을을 폭행한 행위가 형법상 폭행죄에 해당하므로, 갑의 사망이 “근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 사망”인지 여부이다. 전술한 바와 같이 판례에 따르면 산재보험법 제37조 제2항의 “범죄행위가 원인이 되어 사망 등이 발생한 경우”란 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미한다고 보았다. 근로자의 폭행으로 자극받은 제3자가 반격하거나, 그 과정에서 신체적·정신적 충격이 발생한 경우처럼 범죄행위가 간접적·부수적 원인에 그치는 경우까지 포함되지는 않는다. 사안에서 갑이 을을 먼저 폭행한 것은 형사상 폭행죄에 해당할 수 있다. 그러나 갑의 사망 원인은 폭행행위 그 자체가 아니다. 갑은 을과의 언쟁 및 몸싸움 과정에서 극심한 신체적·정신적 충격을 받았고, 그 충격이 기존 심장질환을 급격히 악화시켜 급성 심장사에 이른 것이다. 즉 갑의 폭행은 이 사건 다툼의 한 계기이거나 간접적 원인일 뿐, 사망의 직접 원인은 다툼 과정에서 발생한 신체적·정신적 부담과 기존 심장질환의 악화이다. 따라서 갑의 사망은 산재보험법 제37조 제2항의 “근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 사망”에 해당하지 않는다.

3. 소결

갑의 사망은 회사 내부에서 야간근무 중 회식비 또는 야식비 사용방법을 둘러싼 업무 관련 다툼에서 발생한 것으로서, 직장 내 인간관계 또는 직무에 통상 수반되는 위험이 현실화된 경우이다. 또한 갑이 먼저 폭행한 사정이 있더라도 그 폭행이 사망의 직접 원인이라고 볼 수 없으므로 산재보험법 제37조 제2항에 의해 업무상 재해성이 부정되지 않는다. 따라서 갑의 사망은 업무상 재해에 해당하고, 근로복지공단의 유족급여 및 장의비 부지급처분은 위법하다.

