

목 차

■ 노동 칼럼 ■

- 근로시간 단축과 탄력적 근로시간제의 단위기간 확대 문제..... 3

■ 주요 업무 사례 ■

- 취업규칙 변경이 불법행위라고 주장하며 손해배상을 청구한 사건에서 청구기각 판결을 이끌어낸 사례..... 6
- 교회 대표자 지위부존재확인 사건에서 교인들을 대리해 승소판결을 받은 사례..... 7
- 교회가 제기한 예배방해금지가처분신청 항고사건에서 교인들을 대리해 항고기각의 결정을 받은 사례..... 8
- 백화점 매장 위탁판매원이 제기한 퇴직금 청구 소송에서 사용자를 대리해 추가로 청구기각 판결을 받은 사례..... 9

■ 최신 판례 ■

- 사립대학교가 신입생 모집실적을 교원평가대상으로 삼아 교수 연봉을 삭감했다라도 위법하지 않다고 한 사례.....10
- 공무원이 공사대금을 사적 횡령했다면 퇴직금 감액 사유인 '공금의 유용'에 해당한다고 한 사례.....12
- 고령자고용법이 시행 전이라면 실제 생년월일로 정년 계산을 하지 않아도 된다고 한 사례13
- 도급 형식으로 운전기사를 고용한 것은 불법파견에 해당하고, 포괄임금제 적용도 되지 않는다고 한 사례.....15
- 휴일 골프접대 시간이 근로시간에 해당하지 않는다고 한 사례.....17
- 시멘트 회사와 도급업체 근로자 사이에 불법파견관계를 인정한 사례.....19
- 채용비리로 탈락한 근로자에 대한 고용의 의사표시 의무를 부정한 사례.....21

- 공공기관의 경영평가성과급도 평균임금에 해당한다고 판단한 사례.....23
- 육아휴직 중 로스쿨 재학한 경찰공무원에 대한 감봉 1개월 징계가 적법하다고 한 사례....25
- 정부 지침에 따라 경영평가성과급을 평균임금에서 제외하는 것은 위법하다는 사례.....26

■ 노동 칼럼 ■

근로시간 단축과 탄력적 근로시간제의 단위기간 확대 문제



(법무법인(유) 지평 이광선 변호사, 민창욱 변호사)

탄력적 근로시간제의 단위기간을 확대해야 한다는 논의가 계속되고 있습니다. 근로기준법이 2018년 3월 20일에 개정되면서 1주당 근로시간의 상한이 52시간(법정40시간+연장12시간)으로 단축되었습니다. 다만 사업구조상 특정 시기에 '주52시간'을 초과하여 근로자를 사용해야만 하는 기업들이 있습니다. 여름 성수기 동안에 물량이 배가되는 병과/음료/에어컨 제조업체, 게임 출시를 앞둔 시점에 집중근무가 필요한 게임업체 등입니다. 이 기업들은 성수기 또는 집중근무시기에 '주52시간'이라는 근로시간의 상한을 '탄력적'으로 운영해야 한다고 주장하면서, 현행 근로기준법의 '탄력적 근로시간제'로는 사업을 유지하기가 어렵다는 입장을 밝히고 있습니다.

현행 근로기준법은 '단위기간'에 따라 탄력적 근로시간제의 유형을 2가지(2주, 3개월)로 구분하고 있습니다(제51조). '단위기간' 동안의 평균 근로시간이 '주52시간'을 넘지 않으면 특정한 주의 근로시간 상한을 일부 '탄력적'으로 조정할 수 있습니다. 다만 근로기준법은 ① '2주' 단위 탄력적 근로시간제를 취업규칙을 통해 시행할 수 있도록 허용하면서도, ② '3개월' 단위 탄력적 근로시간제는 근로자대표와 서면합의(단위기간 내의 근로일 및 근로일별 근로시간이 기재된 합의서)를 통해서만 시행할 수 있고 1일의 근로시간 한도도 12시간으로 제한하였습니다. '3개월' 단위 탄력적 근로시간제를 시행하기 위한 요건이 보다 엄격합니다.

지금 단위기간을 확대하자는 논의는 주로 '3개월' 단위 탄력적 근로시간제에 관한 것입니다. '3개월'이란 단위기간의 한도를 '6개월' 또는 '1년'까지 늘려야 한다는 주장입니다. 1년 중 성수기가 3개월을 초과하여 지속되거나, 반기 중 2개월의 집중근무시기가 2번 존재하는 경우 등에는 현행 제

도로 인력을 운영하기가 사실상 어려울 수도 있습니다. 실제로 위와 같은 사업구조(성수기, 집중근무시기)를 지닌 기업이 존재한다면, 업종이나 기업의 특성을 고려하여 단위기간을 '6개월' 또는 '1년'으로 확대하는 방안을 검토할 실익이 있을 것입니다. 참고로 프랑스는 단체협약으로 탄력적 근로시간제의 단위기간을 최대 1년으로 정할 수 있도록 하였고, 일본도 1년 단위의 탄력적 근로시간제 유형을 두고 있습니다(일본의 경우 전체 기업의 51%가 탄력적 근로시간제를 이용하고 있는데, 이용 기업 중 과반수가 1년 단위 탄력적 근로시간제를 이용). 물론 프랑스의 경우 법정근로시간이 주당 35시간이고 연장근로시간의 한도도 우리와 달라 일률적으로 비교하기는 어렵지만, 노사자치를 통해 탄력적 근로시간제의 단위기간을 폭넓게 정할 수 있도록 규율하고 있는 점은 참고할 수 있을 것입니다.

단위기간 확대에 대하여 노동계에서 제기하는 우려는 크게 2가지로 보입니다.

첫째는 단위기간을 확대하면 근로자가 연속적으로 '주64시간'¹을 근무해야 하는 시기가 늘어나 건강권이 침해될 우려가 발생한다는 점입니다. 현재 고용노동부가 고시한 「뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 여부 결정에 필요한 사항」은 "발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 60시간(발병 전 4주 동안 1주 평균 64시간)을 초과하는 경우에는 업무상 질병과 관련성이 강하다고 평가한다"고 규정하고 있습니다. 탄력적 근로시간제의 단위기간을 6개월 이상으로 확대하면, 위 고시에서 정한 '만성적인 과중한 업무'로 인하여 업무상 질병이 발생할 가능성이 현재보다 더 높아질 수 있을 것입니다.

둘째는 현행 제도에서 단위기간만 확대하게 되면 근로자의 실질임금이 줄어들 수 있다는 점입니다. 탄력적 근로시간제를 시행하면 단위기간 중 특정한 주의 법정근로시간을 '주40시간'에서 '주52시간'으로 늘릴 수 있는데, 사용자는 늘어난 위 '12시간'의 근로에 대한 대가로 연장근로수당을 반드시 지급할 의무가 없습니다. 근로기준법은 사용자가 탄력적 근로시간제를 시행할 경우 "기존의 임금수준이 낮아지지 아니하도록 임금보전방안을 강구하여야 한다"는 규정만을 두고 있을 뿐입니다(제51조 제4항). 근로자 입장에서는 단위기간이 늘어날수록 위 '12시간' 분의 연장근로수당 상당의 손

¹ 주64시간(=법정40시간+12시간+연장12시간)

실을 입게 된다고 해석할 여지가 있습니다. 한국노총은 탄력적 근로시간제를 시행함으로써 7%의 임금손실이 발생할 수 있다고 분석하기도 하였습니다.

결국 탄력적 근로시간제도의 단위기간 확대 문제는 '업종 또는 기업별 인력 수요'와 '근로자의 건강권 보호 및 임금 보전'을 함께 고려하면서 풀어가야 할 것으로 보입니다. 전자의 경우, 무엇보다 현행 '3개월' 단위 탄력적 근로시간제로 인력 수요를 감당하기 어려운 업종이나 사업장이 무엇인지 좀더 실증적으로 파악할 필요가 있어 보입니다. 후자의 경우, 집중근무기간 동안의 건강권 보호 문제는 '최소연속휴식제도'(하루 24시간 중 최소 11시간 연속적으로 휴식을 보장하는 제도) 또는 '추가적 건강검진제도'를 도입하거나 현재의 '보상휴가제도'(근로기준법 제57조)를 확대 개편하는 방안을 통해 보완하고, 임금 보전 문제는 현행 근로기준법 제51조 제4항의 임금보전방안의 최소기준 등을 법령이나 정부지침을 통해 구체화하는 방안을 검토할 수 있을 것입니다.

그동안 '장시간 노동'은 한국 사회의 고질적인 문제로 지적되어 왔습니다. 2017년 OECD 통계에 의하면, 한국의 연간 근로시간은 2024시간으로 OECD 회원국 37개국 중 멕시코(2257시간)와 코스타리카(2179시간)에 이어 3위를 기록하였습니다(OECD 회원국 평균은 1759시간이다). '장시간 노동'은 삶의 질을 저하시킬 뿐만 아니라 낮은 노동생산성의 원인이 된다는 점에서 반드시 해결해야 할 과제이며, 우리는 주52시간제를 도입함으로써 근로시간 단축 논의에 한걸음 진전을 이루었습니다. 지금의 '탄력적 근로시간제 단위기간 확대'에 관한 주장은 엄밀히 보면 '근로시간 단축' 정책에 역행하는 것은 아닙니다. 단위기간이 확대되더라도 연간 근로시간 총량은 동일하기 때문입니다. 다만 집중근무기간이 길어짐으로써 근로자의 건강권 침해 문제 등이 발생할 수 있는데, 이에 대해서는 적절한 보호 또는 보상 조치(연속휴식 또는 휴가, 건강검진, 임금)를 제도적으로 보장하면서 노사자치를 통해 단위기간 확대 여부를 최종적으로 결정하도록 하는 방안을 고민해볼 수 있을 것입니다. 경제사회노동위원회에서 사회적 대화를 통해 현명한 대안을 찾을 수 있기를 기대해 봅니다.

※ 법무법인(유) 지평은 노동팀 전담 변호사들이 근로시간제에 관한 고객들의 자문에 응하고 있습니다.

이와 관련하여 도움이 필요하시면, 이광선 변호사(kslee@jipyong.com, 02-6200-1787)에게 문의해 주시기 바랍니다.

■ 주요 업무 사례 ■

취업규칙 변경이 불법행위라고 주장하며 손해배상을 청구한 사건에서 청구기각 판결을 이끌어낸 사례

피고 회사는 2009년 6월 및 2011년 1월 두 차례에 걸쳐 임금피크제를 도입하면서, 전 직원의 84.4%(1차), 91.4%(2차)의 동의를 받아 취업규칙을 개정하였습니다. 그러나 최근 서울고등법원은 위 동의 과정에서 동의절차를 위한 기간이 충분하지 않았고, 의견 취합의 단위가 작았다는 등의 이유로 집단적 동의절차가 준수되지 않았다고 보아 위 취업규칙 변경 절차가 위법하였다고 판단하였습니다.

위 서울고등법원 판결이 대법원 심리불속행 기각 판결로 확정된 이후, 피고 회사의 일부 퇴직 근로자들(이하 '원고들')은 위 임금피크제 도입 절차가 위법하여 불법행위에 해당하므로 피고 회사는 원고들이 입은 손해를 배상하라는 소송을 창원지방법원 진주지원에 제기하였습니다. 원고들은 대부분 퇴직 이후 3년이 경과한 근로자들로서 임금청구권을 주장하지는 않았습니다.

그러나 창원지방법원 진주지원은, 설령 위 취업규칙 변경절차를 불법행위라고 보더라도, 이 경우 원고들은 종전 취업규칙에 따라 임금채권을 가지고, 그렇다면 임금채권이 시효로 소멸한 것은 소멸시효의 완성 때문이지 피고의 불법행위에 기한 것이 아니라는 피고 회사의 주장을 받아들여 원고들의 청구를 모두 기각하였습니다.

지평 노동팀은 피고 회사를 대리하여 취업규칙 변경절차가 불법행위에 해당하지 않고, 손해도 발생하지 않았다는 점을 적극 주장하여 청구기각 판결을 이끌어 냈습니다.

[담당 변호사]



이광선 변호사



구자형 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

교회 대표자 지위부존재확인 사건에서 교인들을 대리해 승소판결을 받은 사례

모 침례교회 전 대표자인 K목사는 아들에게 교회를 세습하기 위해 교회 대표자 자리에서 물러났다가, 적법한 절차를 밟지 않은 채 수석총무목사를 임명하는 등 사실상 교회 대표자로 다시 복귀하였습니다. 이에 교인들이 교회를 상대로 K목사와 그가 임명한 목사들에게 그러한 지위에 있지 아니하다는 확인을 구하는 소를 제기하였습니다.

지평 노동팀은 교인들을 대리하여 교인들이 교회를 탈퇴한 사실이 없으므로 원고적격이 인정되고, K목사가 교회 대표직에서 물러나고 그 직위를 아들에게 물려주겠다는 의사를 명확하게 표시했고, K목사의 대표자 복귀 과정에서 교회 의결기구의 위임을 받지 않았다는 점을 주장하였습니다.

이에 법원은 위 교인들의 청구를 전부 인용하는 판결을 하였습니다.

[담당 변호사]



권창영 변호사



이광선 변호사



이성준 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

교회가 제기한 예배방해금지가처분신청 항고사건에서 교인들을 대리해 항고기각의 결정을 받은 사례

모 침례교회 임시 대표자인 K목사는 자신을 따르는 부목사 등 교인들과 함께 교회 개혁을 요구하는 지역예배당 교인들을 상대로 교회출입 및 예배방해금지가처분신청을 제기하여 신청이 기각되자, 이에 항고하였습니다.

지평 노동팀은 1심에 이어 항고심에서도 지역예배당 교인들을 대리하여, 교인들이 교회를 탈퇴한 사실이 없고, 예배방해행위를 한 사실이 없다는 점, 오히려 가처분신청을 제기한 부목사가 지역예배당 교인들의 예배를 방해하였다는 점을 주장하였습니다.

이에 법원은 위 가처분 신청을 모두 기각하는 내용의 결정을 하였습니다.

[담당 변호사]



권창영 변호사



이광선 변호사



이성준 변호사

■ 주요 업무 사례 ■

백화점 매장 위탁판매원이 제기한 퇴직금 청구 소송에서 사용자를 대리해 추가로 청구기각 판결을 받은 사례

지평 노동팀은 2018년 9월 18일 글로벌 스포츠웨어 업체 A사와 위탁판매계약을 체결한 위탁판매원의 퇴직금 지급 청구 사건에서 청구기각 판결을 선고받은 바 있습니다.

지평 노동팀은 다른 위탁판매원이 A사를 상대로 제기한 퇴직금 지급 청구 사건에서 A사를 대리하여 위탁점주가 A사의 근로자가 아님을 밝혔습니다. 구체적으로, 위탁점주가 A사의 관여 없이 자체적으로 판매사원을 채용하여 그 인건비를 지급하는 등 독립된 사업주체로 영업하였다는 점, 위탁점주는 A사로부터 매출액에 기반한 수수료만을 지급받은 점, A사가 위탁점주들의 출퇴근 여부를 확인하는 것과 같은 근태관리를 한 적이 없다는 점 등을 주장하였습니다.

이에 법원은 A사의 주장을 모두 받아들여 원고의 청구를 기각하는 판결을 선고하였습니다.

[담당 변호사]



권순철 변호사



박성철 변호사



이성준 변호사

■ 최신 판례 ■

사립대학교가 신입생 모집실적을 교원평가대상으로 삼아 교수 연봉을 삭감했더라도 위법하지 않다고 한 사례

[대상판결 : 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다207854 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

사립대학교가 신입생 모집실적을 교원평가대상으로 삼아 교수 연봉을 삭감했더라도 위법하지 않다는 대법원 판결입니다.

A씨는 B학교법인이 운영하는 C대학교의 조교수로 근무하였습니다. 학교 측은 A가 교원인사규정에 규정된 업적평가점수가 재임용요건에 미달한다는 이유로 2015년 12월 A에 대한 재임용을 거부하였습니다. 이에 A는 B학교법인을 상대로 재임용거부처분 무효소송을 내면서 "학교가 교원연봉계약 제규정에 따라 신입생 모집실적을 교원평가대상으로 삼아 보수를 삭감해 지급한 것은 위법하다"며 삭감된 보수의 지급도 요구하였습니다.

대상판결은 "헌법 제31조 4항은 헌법상의 기본권으로 대학의 자율성을 보장하고 있다"며 "여기서 대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것으로, 연구와 교육의 내용, 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속하며 이는 교원의 보수에 관한 사항도 마찬가지"라고 판시하였습니다.

이어 "사립학교 교원의 임용계약은 사립학교법이 정한 절차에 따라 이뤄지는 것이지만 법적 성질은 사법상의 고용계약에 불과하므로 누구를 교원으로 임용할 것인지, 어떠한 기준과 방법으로 보수를 지급할 것인지 여부는 원칙적으로 학교법인의 자유의사 내지 판단에 달려 있다"고 보았습니다. 따라서 학교법인이 교원에 대해 성과급적 연봉제의 기준으로 삼는 평가항목과 기준이 법을 위반하거

나 객관성과 합리성을 결여해 재량권의 남용·일탈로 평가되는 경우가 아니라면, 그 평가항목과 기준은 가급적 존중되어야 하고 이를 함부로 무효라고 단정해서는 안 된다고 판시하였습니다.

이 사건의 경우 "등록금이나 수업료 수입에 대한 재정 의존도가 높은 사립대학은 신입생 충원과 재학생 규모 유지가 대학 존립과 직결되는 중요한 문제이므로, 학교 측이 이를 교원실적평가의 대상으로 삼았더라도 관련 법령이 정한 강행규정을 위반해 무효라고 보기 어렵다"고 판단하였습니다.

■ 다운로드 : [대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다207854 판결](#)

■ 최신 판례 ■

공무원이 공사대금을 사적 횡령했다면 퇴직금 감액 사유인 '공금의 유용'에 해당한다고 한 사례

[대상판결 : 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두48601 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

공무원이 공사대금을 부풀려 사적으로 빼돌려 사용한 혐의로 형을 선고 받고 해임처분을 받은 것은 퇴직급여 감액사유인 '공금의 유용'에 해당한다고 한 대법원 판결입니다.

공무원 A씨는 B, C씨 등과 공모해 공사비를 편취했다는 혐의로 700만 원의 벌금형을 받아 확정되었습니다. 이어 A는 중앙징계위원회 해임 의결을 거쳐 국가공무원법상 성실의무 위반을 근거로 해임 징계처분을 받았습니다.

공무원연금법과 시행령은 "재직기간이 5년 이상인 공무원이 금품 및 향응수수, 공금의 횡령·유용으로 징계해임 된 경우 퇴직급여와 퇴직수당 1/4를 감액한다"는 취지의 규정을 두고 있습니다. 공무원 연금공단은 A의 비위행위가 법에서 퇴직금 감액 사유로 정한 '공금의 유용'에 해당한다고 보아 A에 대해 퇴직수당을 감액하는 처분을 내렸습니다. 이에 A는 "법조항에서 배임을 명시하지 않았으므로 감액사유에 해당하지 않는다"라고 주장하며 소를 제기했습니다.

대상판결은 '공금 유용의 사전적 의미는 국가나 공공단체 운영을 위한 자금을 사사로이 돌려쓰는 것'이라며 "그렇다면 공직 부패를 방지하려는 법 도입의 목적을 고려해서 공금 유용을 해석해야 한다"라고 판시했습니다. 이어 '이 사건 신축공사의 관리감독 의무를 수행하면서 주무관 소외 1 등과 공모해서 보수공사비 일부를 신축공사비에 허위 계상해 공금을 지출하도록 한 것은 국가예산을 지정된 용도와 달리 사사로이 목적으로 사용한 공금의 유용'이라며 "이 조항의 문언과 입법 취지를 보면 A의 행위는 공금의 유용에 해당한다"고 판단하였습니다.

■ 다운로드 : [대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두48601 판결](#)

■ 최신 판례 ■

고령자고용법이 시행 전이라면 실제 생년월일로 정년 계산을 하지 않아도 된다고 한 사례

[대상판결 : 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두41082 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 '고령자고용법')이 적용되기 이전이라면, 회사가 근로자의 실제 생일이 아니라 인사기록카드에 적힌 생년월일을 기준으로 기산을 하는 내용의 인사규정을 둔 것도 유효하다고 판단한 대법원 판결입니다.

고령자고용법 제19조는 근로자의 정년을 60세로 정하고 있습니다. 대법원은 고령자고용법 시행 이후에는 근로자 정년을 60세 미만이 되도록 정한 근로계약이나 취업규칙 등은 무효라고 보고, 정년일 계산 시에는 근로자의 실제 생년월일을 기준으로 합니다(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다249236 판결). 그런데 대상판결은 고령자고용법이 '시행되기 전'이라면 개별 사업장마다 정년 제도 설정을 자율적으로 정할 수 있기 때문에, 취업규칙 변경 등을 통해 정년 제도를 단축하는 것도 가능하다는 취지입니다.

근로자 A씨는 B중양회에 1986년에 입사했는데, 당시 인사기록카드에는 생년월일이 1957년 12월 생으로 되어 있었습니다. 이후 A는 2015년 6월, 법원에서 생년월일을 1958년 2월생으로 정정하는 등록부정정 결정을 받았습니다.

B중양회 인사규정은 정년을 58세로 규정하고, 정년이 된 달이 1월에서 6월 사이이면 6월 30일, 7월에서 12월 중에 있는 경우에는 12월 31일을 정년일'로 정하고 있었습니다. B중양회는 2015년 9월 인사규정을 개정하면서 "직원 정년 기산은 입사 당시 작성된 인사기록카드를 기준으로 한다"는 조

항을 신설하였고, 이 조항은 근로자 과반수로 조직된 노조의 동의를 받았습니다.

이에 따라 B중양회가 A에게 2015년 12월 31일자로 정년퇴직 인사발령을 하자, A는 부당하고 구제 재심신청을 하였고 중앙노동위원회는 구제신청을 기각하였습니다. A는 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였습니다.

법원은 "B중양회에는 2016년 1월 1일부터 고령자고용법이 적용되므로, 그 전인 2015년 8월에 개정된 중양회의 인사규정은 2016년 1월 1일 전까지 사업장에 적용된다"라며 "이 개정이 근로자에게 불리한 조항이라고 해도, 근로자 과반수 동의를 받았기 때문에 절차적으로도 유효하다"라고 판시하였습니다. 이어 "고령자고용법 제19조가 시행되기 전이라면 취업규칙 변경을 통해 입사 당시 인사 기록카드에 기재된 생년월일을 정년기산일로 정할 수 있다고 봐야 한다"라며 "따라서 인사규정이 A의 정년 기득권을 침해해 무효라고 볼 수 없다"라고 판단하였습니다.

■ 다운로드 : [대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두41082 판결](#)

■ 최신 판례 ■

도급 형식으로 운전기사를 고용한 것은 불법파견에 해당하고, 포괄임금제 적용도 되지 않는다고 한 사례

[대상판결 : 서울중앙지방법원 2018. 11. 15. 선고 2016가합531053 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

S은행이 도급 형식으로 운전기사들은 고용한 것은 불법파견에 해당하며, 차량운행일지를 매일 작성해서 근로시간 파악이 가능하다면 포괄임금제 적용 대상이 아니라는 서울중앙지방법원 판결입니다.

파견사업을 하는 주식회사 D사는 S은행과 은행 임직원들의 출퇴근이나 영업 활동을 위한 차량업무 수행, 어음이나 우편물 전달을 내용으로 하는 차량운행용역계약을 체결했습니다. 근로자 A씨 등은 D사와 계약을 체결하고 S은행 임원들의 운전기사로 운전업무를 수행하였습니다.

일부 운전기사는 채용 당시 D사의 공고를 보고 지원하는 경우도 있었지만, 임원의 최종 면접을 보고 채용이 되었습니다. 운전기사들은 담당 임원의 일정을 임원, 비서들로부터 통보 받고 매일 문자메시지나 구두를 통해 목적지, 대기시간, 운행경로를 지시받았습니다. 출퇴근은 물론 외부 일정, 회식 등 행사는 물론 야간에도 임원의 개인 약속을 위한 운행을 했습니다. 휴가도 임원의 휴가 일정과 연계되었습니다.

또한 S은행은 운전기사들에게 운행시각이나 출퇴근 시각, 내역 등을 기록한 차량운행일지를 작성할 의무를 부여했고, 근무일수가 미달하면 월별 도급비총액에서 삭감하는 형식으로 근태를 관리했습니다. 이 과정에서 계약 내용과는 달리 D사의 현장대리인은 운전기사 지휘·감독에 전혀 관여하지 않았습니다.

D사는 운전기사들의 휴게를 위해 S은행의 대기실이나 책상, 컴퓨터 등 비품을 무상 대여받았고, 업

무 중 발생한 유류비나 통행료도 S은행이 부담했으며 출장비와 당직비도 S은행이 근로자들에게 직접 지급했습니다.

A 등 이 사건 근로자들은 "S은행이 파견법 위반을 회피하고자 D사와 용역계약을 체결한 것이므로 근로자들을 직접 고용할 의무가 있다"고 주장하며, 나아가 S은행이 직접고용의무를 이행하지 않아 지급 받지 못한 임금 차액 상당의 손해배상을 청구하였습니다. 손해배상액 산정 문제에서는 D사와 근로자들이 체결한 포괄임금제가 유효한지 여부도 쟁점이 되었습니다.

대상판결은 "형식적으로는 D사가 근로자들과 근로계약을 체결하고 인사권을 행사했다지만, 실질적으로는 S은행 측이 채용을 결정했으며 근무장소결정, 업무배치와 변경 권한도 갖고 있다"라며 "은행구간이나 시각, 내용 등을 관리해 구체적인 업무지시를 한 것은 물론, 야간에 임원 지시에 따라 개인 약속 장소로 차량을 운행한 점을 보면 S은행이 원고들에게 구속력 있는 지휘·감독을 한 것으로 보인다"라고 판시하였습니다. 이어 "용역계약 업무를 살펴봐도 운행 횟수 등이 구체화되어 있지 않아 위탁업무 범위를 확정하기 어려우며, S은행이 업무수행에 필요한 비용 대부분을 부담한 점을 볼 때 근로자 파견으로 볼 수 있다"고 판단하였습니다.

또한, 근로자들은 D사가 제공한 서식에 따라 매일 차량운행일지를 작성해 기록하였으므로 근로시간 산정이 용이하다고 보아, D사와 근로자들 사이에 체결한 포괄임금제가 무효라고 판단하였습니다.

■ 최신 판례 ■

휴일 골프접대 시간이 근로시간에 해당하지 않는다고 한 사례

[대상판결 : 서울중앙지방법원 2018. 10. 30. 선고 2018나25938 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

휴일에 회사 고객을 상대로 한 골프접대는 근로시간으로 볼 수 없으므로, 휴일근무 수당을 청구할 수 없다는 서울중앙지방법원 판결입니다.

S보험에서 일하는 근로자 A씨는 부서장으로 근무하던 2013년 4월부터 2016년 7월 사이, 법정공휴일이나 주휴일에 총 47번 접대 목적의 골프라운딩에 나갔습니다. 한번 나가면 1회당 5시간 정도를 돌았으며, 회사 법인카드로 비용을 계산하였습니다. 일부 라운딩에는 상무가 동행하기도 했고, 그렇지 않은 경우에도 상무의 지시에 따라 참석하는 경우가 많았습니다.

이에 A는 "휴일 골프 중 상당수는 상사인 상무의 지시로 참여했으며, 회사 출장여비지침에 따르면 골프접대는 담당 임원인 사업본부장의 결재가 필수적이었다"라며 "이를 볼 때 휴일 골프접대는 회사 업무의 일환이다"라고 주장하며 휴일근로수당 지급을 청구하는 소송을 제기하였습니다.

대상판결은 "골프접대 대상자나 장소, 시간을 회사가 아니라 A나 A의 상사인 상무가 임의로 선정한 점을 볼 때, 상무의 지시에 따랐다고 하지만 A에게도 재량권이 있어 보인다"라고 판단하였습니다. 또한 원심과 마찬가지로 "A는 영업부서 부서장으로 영업매출 향상이 주된 목표고, 대내외 평가를 잘 받기 위해 자발적으로 골프접대를 할 동기가 있었던 점에 비춰보면, 휴일 골프가 단순히 회사의 구체적인 지휘·감독으로 이뤄진 것으로 볼 수 없으므로 근로기준법상 근로시간으로 볼 수 없다"고 판시하였습니다.

나아가 "A의 주된 업무는 부서장으로서 영업실적 관리 등 부서 실적 업무와 부서원들 근태관리임

을 보면, 휴일 골프 참여가 A의 업무와 직접 연관이 있다고 보기 어렵다"라며 "또 회사 법인카드 사용이 내부적으로 승인됐다고 해도 이를 출장 업무 등 근로제공에 대한 승인이라기보다 임직원의 원활한 업무 수행을 위한 활동 지원으로 볼 수 있다"고 판시하며 원고의 청구를 기각한 원심의 판단을 유지하였습니다.

■ 최신 판례 ■

시멘트 회사와 도급업체 근로자 사이에 불법파견관계를 인정한 사례

[대상판결 : 서울고등법원 2018. 10. 23. 선고 2017나2005264, 2005271(병합) 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

협력업체 소속 근로자 D씨 등이 S시멘트를 상대로 제기한 임금지급 청구(2017나2005264)와 근로자지위 확인 소송[2017나2005271(병합)]에서 불법파견을 인정한 서울고등법원 판결입니다.

S시멘트는 2004년 경 주식회사 A사를 설립해 신광산 소유권을 A사에 현물출자하고, 채광 사업을 수행하도록 하였습니다. 주식회사 B사는 A사와 S시멘트로부터 채광 업무를 도급받아 수행했고, 유한회사 C사는 S시멘트 삼척공장의 기계 점검, 청소, 시멘트 선적이나 수송을 하는 업체였습니다. 근로자 D 등은 협력업체인 B사와 C사에서 일하는 근로자였습니다.

B, C사는 A사와 1년 단위로 도급계약을 체결하고 매년 갱신하는 형식을 취했습니다. S시멘트는 2014년 11월 3일 협력업체들에게 2015년 계약을 위한 도급비 견적제출을 요구했습니다. 그런데 C사가 노조와 단체교섭 중이라는 이유로 S시멘트에 견적제출 시한 연장을 요구하자, S시멘트 측은 견적서를 받고 나서도 도급비 견적내용을 수용할 수 없다는 이유로 도급계약의 해지를 통보하였습니다.

해지통보를 받은 C사는 소속 근로자들에게 2015년 2월부터 근로계약관계의 종료를 통지하였습니다. 이에 D 등 근로자들은 자신들이 S시멘트 소속의 근로자로서 계약관계 종료는 부당해고라며 구제신청을 하였습니다. 강원지방노동위원회와 중앙노동위원회는 "S시멘트와 C사의 근로자들 사이에 묵시적 근로계약관계가 인정된다"며 노무대행기관에 불과한 C사가 근로계약관계 종료를 통보한 것은 S시멘트의 부당해고에 해당한다고 판단하였습니다. 이어 근로자 D 등은 법원에 근로자지위확인

을 구하고, 미지급 임금 및 퇴직금, 그리고 원청인 S시멘트 소속 근로자였더라면 받을 수 있는 임금에서 B, C협력업체에서 실제로 받은 임금을 제외한 임금 차액 지급을 구하는 소송을 제기하였습니다.

대상판결은 묵시적 근로계약관계가 성립된다는 원고(협력업체 근로자) 주장은 받아들이지 않았지만, 파견에는 해당한다고 판단하였습니다. B, C 협력업체가 수행하는 업무 범위가 얼마든지 확장될 수 있어서 도급으로 보기엔 범위가 불명확하고, 도급비 역시 작업량이 아닌 근로자 임금 수준에 따라 결정돼 일의 완성이나 결과가 아닌 노동력의 대가로 보인다고 판시하였습니다.

이어 "B, C사는 채용 여부만 결정했고 구체적인 채용 자격은 S시멘트 측이 설정한 기준에 따라 결정됐고, S시멘트 측의 인력 현황 파악에 따라 인력충원을 요청하면 그에 따라 채용이 이뤄졌다"며 "임금 역시 협력업체가 책정안을 보내주면 S시멘트 측이 회신으로 자체 결정하는 등 협력업체들이 자체 결정할 수 있는 구조는 아니었다"고 보았습니다.

또한 "협력업체는 원청이 정해진 생산계획 범위 내에서만 작업계획을 수립했고 독자적인 작업계획을 수립하지 않은 경우도 있다"며 "일부 근로자들이 원청과 혼재 업무를 수행하며 원청 소속 반장의 지휘를 받은 것을 볼 때 원청이 지휘감독권을 행사한 것으로 보인다"는 취지로 판시해 불법파견을 인정하였습니다.

대상판결에서는 손해배상의 범위에 대한 판단도 함께 이루어졌으나, 불법파견으로 인한 근로자의 임금청구권의 소멸시효에 대해서는 명시하지 않았습니다.

■ 최신 판례 ■

채용비리로 탈락한 근로자에 대한 고용의 의사표시 의무를 부정한 사례

[대상판결 : 서울남부지방법원 2018. 10. 11. 2018가합100190 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

채용비리 때문에 탈락한 근로자라 하더라도, 부정 합격자 대신 채용해달라고 할 수는 없다는 서울남부지방법원 판결입니다.

A감독원은 2016년도 신입직원 채용절차를 진행하면서 애초의 채용계획과는 다른 방법으로 합격자를 결정하고, 지원자 중 B씨가 학력을 허위로 기재했음에도 합격을 취소하거나 정정하지 않은 사실 등이 밝혀졌습니다.

이에 A감독원 채용에서 탈락한 C씨는 A감독원에 대해 ① 고용의 의사표시를 구하고, ② 적법하게 채용되었을 경우 A감독원 평균 근속 년수에 해당하는 기간 동안 지급받을 수 있었던 임금 상당액 중 일부와 ③ 채용과정에서 A감독원이 행한 불법행위로 입은 정신적 손해에 대한 위자료를 지급하라고 청구하였습니다.

대상판결은 "A감독원이 직원 채용에 재량을 가지긴 하지만, 금융기관을 감독하는 A감독원의 공공성을 감안하면 그 재량도 관련 법규와 인사관리규정에 정한 절차에 따라 객관적으로 공정하게 행사되어야 한다"며 A감독원은 C의 정신적 고통에 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단하였습니다.

그러나 탈락자인 C를 채용하라는 청구와 임금에 상응하는 손해배상을 하라는 청구는 기각하였습니다. 대상판결은 '직원 채용은 고용계약이므로, 누구를 채용할 것인지는 A감독원의 자유 의사'라면서 "2차 면접전형 뿐만 아니라 신체검사와 원장 임면을 거쳐야 하고, 채용 공고에서 채용예정인원

이 특정되어 있지 않아 언제든 채용절차가 회사 사정에 따라 변경될 수 있다”고 보았습니다. 이를 근거로 “감독원 측의 불법행위가 없었다고 해도 C가 당연히 최종합격자로 결정되었을 것이라고 보기는 어렵다고 볼 수 있으므로, 단순히 2차 면접 결과 최고득점자에 해당한다는 사정만으로 A감독원과 C 사이에 당연히 고용관계가 성립한다거나 C의 채용 청약에 대해 승낙할 의무가 A감독원에 있다고 보기 어렵다”고 판시하였습니다.

■ 최신 판례 ■

공공기관의 경영평가성과급도 평균임금에 해당한다고 판단한 사례

[대상판결 : 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36157 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관운영법')에 따라, 공기업이나 준정부기관은 기획재정부 장관의 경영실적 평가에 따라 직원들에게 성과급을 지급하고 있습니다. 대상판결에서는 경영평가 성과급이 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 해당하는지가 쟁점이 되었습니다.

A씨의 아들은 지난 2008년, H감정원에서 근무하던 중 업무상 재해로 사망하였습니다. 사망 당시 H감정원 보수규정에 따르면 성과상여금 중 150%는 2월 첫 영업일에, 잔여 성과금은 경영평가 결과가 나온 날로부터 30일 이내에 전년도 성과에 따라 차등지급하고 있었습니다. 공공기관운영법 시행 이후부터는 정부가 정한 성과급 지급률을 기초로 회사의 보수규정과 내부경영평가편람에서 정한 기준에 따라 잔여 성과상여금을 산정해 소속 직원들에게 지급하였습니다.

H감정원 측은 A의 아들이 사망한 2008년에도 정부가 정한 성과급 지급률에 따라 2008년 2월 1일에 성과상여금 200여 만 원을 지급했고, 같은 해 7월에는 잔여 성과상여금 290만 원 가량을 지급하였습니다. 사망 이후 퇴직금을 지급할 때도 성과상여금을 모두 포함해서 평균임금을 산정하였습니다.

하지만 근로복지공단 측은 잔여 성과상여금은 근로 대상으로 지급된 것도 아니고, 일시적이고 불확정적으로 지급되는 것이므로 임금에 해당하지 않는다 보았습니다. 이에 A는 공단을 상대로 평균임금을 정정하고, 보험급여에서 모자라게 계산한 차액 부분을 지급하라는 소송을 제기하였습니다.

대법원은 “성과상여금은 2008년까지 계속적이고 정기적으로 지급됐고, 지급대상과 지급조건이 확정돼 있어 회사에게 지급의무가 지워져 있었다”며 “따라서 근로의 대가로 지급되는 임금이다”라고 판단하였습니다. 같은 취지에서 이 사건 잔여 성과상여금이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에 포함된다고 본 원심의 판단은 정당하다고 판시하였습니다.

■ 다운로드 : [대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36157 판결](#)

■ 최신 판례 ■

육아휴직 중 로스쿨 재학한 경찰공무원에 대한 감봉 1개월 징계가 적법하다고 한 사례

[대상판결 : 대구지방법원 2018. 10. 5. 선고 2018구합21165 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

육아휴직 중 로스쿨에 재학한 경찰공무원에 대한 감봉 1개월 징계가 적법하다는 대구지방법원 판결입니다.

경찰공무원인 A씨는 로스쿨에 입학한 후 2년 3개월간 육아휴직을 하면서 휴직원과 복무상황 신고서에 로스쿨 재학사실을 기재하지 않고 로스쿨에서 30과목을 수강하였습니다. 이 사실이 적발되자, 해당 지방 경찰청은 A가 육아휴직을 휴직의 목적 외로 사용하여 국가공무원법상 성실의무, 복종의무, 품위유지의무를 위반했다는 이유로 A에 대해 감봉 1개월의 징계처분을 내렸습니다.

대상판결은 “국가공무원법이 휴직사유를 매우 상세하게 구분하고 특히 육아휴직에 대해서는 다른 휴직보다 훨씬 더 시혜적으로 강하게 보장하고 있다”면서 “그렇다면 육아휴직과 휴학휴직은 엄밀하게 구분돼야 한다”고 판시하였습니다. 이어 “무려 2년 3개월의 육아휴직 기간 동안 휴직 목적 달성에 현저히 위배되는 행위를 한 것에는 고의나 중과실이 있었다고 볼 수 있다”면서 “A가 비교대상으로 삼은 징계대상자들도 언론보도 이후 감봉 징계처분을 받은 사실을 고려할 때, 육아휴직 제도를 편법으로 사용한 공무원에게는 엄정한 제재를 가할 필요가 있다” 보아 재량권 행사에 일탈·남용이 없다고 판단하였습니다.

■ 최신 판례 ■

정부 지침에 따라 경영평가성과급을 평균임금에서 제외하는 것은 위법하다는 사례

[대상판결 : 대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결]

이광선 변호사 | 신혜주 변호사

정부 지침에 따라 경영평가성과급을 퇴직금에서 제외했더라도 성과급은 노동의 대가이기 때문에 평균임금에 포함해 퇴직금을 지급해야 한다는 대법원 판결입니다.

공공기관 경영평가성과급은 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 근거하여 기획재정부장관의 경영실적 평가결과에 따라 지급됩니다. 기획재정부는 '공기업·준정부기관 예산편성지침'을 통해 경영평가성과급을 퇴직금 산정기준인 평균임금에서 제외하고 있습니다. 2014년 한국전력공사, 한국토지주택공사, 코레일 등이 경영평가성과급 평균임금 규정을 준수하지 않자 당시 정부는 경제관계장관 회의를 열고 이 같은 지침을 명확히 했습니다. H공사는 기재부 지침에 따라 경영평가성과급을 퇴직금에서 제외해 왔습니다.

H공사에서 일하다 퇴직한 근로자인 A씨 등 4명은 경영평가성과급을 평균임금에서 제외하는 것은 부당하다고 주장하면서, H공사를 상대로 경영평가성과급을 포함시켜 재산정한 퇴직금과 기지급 퇴직금의 차액을 청구하는 소송을 제기하였습니다.

대상판결은 "대부분 공기업과 준정부기관은 단체협약이나 취업규칙 등에 경영실적 평가결과에 따라 경영평가성과급을 지급하는 시기, 산정 방법, 지급 조건 등을 구체적으로 정하고 있다"며 "경영평가성과급이 계속적·정기적으로 지급되고 지급대상, 지급조건 등이 확정되어 있어 사용자에게 지급의 무가 있다면, 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지므로 평균임금 산정의 기초가 된다"

고 판단하였습니다. 이어 “2012년부터는 공공기관 경영평가성과급의 최저지급률과 최저지급액이 정해져 있지 않아 소속 기관의 경영실적 평가 결과에 따라 경영평가성과급을 지급받지 못할 수도 있다”며 “그렇다 하더라도 성과급이 전체 급여에서 차지하는 비중, 그 지급 실태와 평균임금 제도의 취지 등에 비추어 볼 때 근로의 대가로 지급된 임금으로 봐야 한다”고 판시하였습니다.

대법원은 앞서 2018년 10월 12일에 선고한 2015두36157 판결에서 H감정원에 다니던 아들을 업무상재해로 잃은 아버지가 근로복지공단을 상대로 제기한 ‘평균임금정정 불승인 및 보험급여차액 부지급처분취소’ 소송에서 공공기관 경영평가성과급도 평균임금에 해당한다고 판결한 바 있습니다.

■ 다운로드 : [대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결](#)