<2023년 공인노무사 2차 노동법 1교시 문제풀이>

[문제1]

A회사는 상시 근로자 500명을 사용하여 전기 관련 제품을 제조·판매하는 회사이다. A회사는 2018년부터 계속적으로 매출, 영업이익, 당기순이익이 전체적으로 감소하여 A회사에 근로자 과반수 이상을 조직하여 설립·운영하고 있던 노동조합에게 사택매각, 명예퇴직 등의 경영위기를 타개하기 위한 비상경영안을 수용할 것을 제안하였다. 그러나 노동조합은 조합원의 의사를 무시한 일방적 구조조정에 반대한다는 의사를 표명하며 비상경영인 수용을 거부하였다. 그러자 A회사는 소속 근로자의 일부를 정리해고하기로 결정하고, 취업규칙이나 단체협약 등에 별도의 정함이 없었던 정리해고 대상자 선정기준을 마련하였다. A회사는 근로자들을 대상으로 정리해고를 실시함에 앞서 노동조합과의 협의 과정에서 업무적합도, 근무태도, 연령 등을 기준으로 정리해고대상자를 선정할 것임을 밝혔고, 이에 노동조합이 연령을 정리해고 대상자 선정기준으로 삼는 것은 부당하다는 등의 의견을 제시하자, A회사는 노동조합의 의견 가운데 일부를 받아들여 '연령'을 제외하는 대신에 '회사공헌도(근속연수)'를 새로운 기준으로 추가하였다. 그 결과 A회사의 정리해고대상자 선정기준은 업무적합성(40%), 근무태도(30%), 임금(20%), 회사공헌도(근속연수,10%)로 구성되었고, A회사는 위 평가 항목들에서 상대적으로 낮은 점수를 받은 근로자 甲을 비롯하여 업무상 재해를 입었던 경험이 있었던 근로자, 상당기간 가족을 부양해야 할 사정이 있는 근로자 등을 포함한 근로자 60명을 2022. 5. 최종 해고하였다.

한편, 노동조합 대표자 乙은 2022. 5. 정리해고에 강하게 반대하면서 정리해고에 주도적 역할을 담당하였던 총무과장과 말다툼하는 과정에서 폭력을 행사하여 전치 5주의 상해를 입혔다. 이 점에 대해 A회사는 동일한 내용으로 규정되어 있는 취업규칙과 단체협약상 징계규정에 따라 노동조합 대표자 乙을 징계하기로 결정하고, 징계위원회를 소집하였다. A회사의 대표이사는 취업규칙과 단체협약에 '징계위원회는 노·사 각 2명으로 구성한다'고 규정되어 있을 뿐, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여 별도의 정함이 없다는 이유로 A회사 소속 인사과장과 사업장이 A회사와 동일하고 실제는 자신이 사주인 별도의 회사의 대표이사를 사측 징계위원으로, A회사 소속 근로자 2명을 노측 징계위원으로 각각 위촉하였다. 이후 징계위원회는 A회사의 취업규칙과 단체협약에는 징계사유의 사전통고와 소명기회 부여에 관한 절차는 별도로 규정되어 있지 않았기 때문에 노동조합 대표자 乙에 대해 징계사유의 사전통고 및 소명기회의 보장 없이 정직 3개월의 징계를 의결하였다. 이에 근거하여 A회사는 乙에게 정직 3개월의 징계를 하였다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

[물음1] A회사의 근로자 甲은 A회사의 정리해고대상자 선정기준은 근로기준법상 합리적이고 공정한 해고의 기준에 해당되지 않는다고 주장한다. 甲의 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (단, 나머지 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건은 논하지 않는다) (25점)

• 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결의 사실관계 응용)

[물음2] 노동조합 대표자 乙은 총무과장에 대한 폭력행사가 징계사유에 해당된다하더라도 징계사유를 사전에 통보받거나 그에 관하여 소명할 기회를 부여 받지 못하였고 징계위원회 구성에도 중대한 하자가 있기 때문에 정직 3개월의 징계처분은 무효라고 주장한다. 노동조합 대표자 乙의 주장의 타당성에 관하여 논하시오.(25점)

• 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2006.11.23. 선고 2006다48069 판결 참조)

[물음1]에 대한 풀이

I. 문제의 소재
II. 경영상 해고시 합리적이고 공정한 기준
1. 경영상 해고의 의의
2. 합리적이고 공정한 기준의 의의
3. 합리적이고 공정한 기준의 판단방법
(1) 일반적 판례법리
(2) 구체적인 선정기준
4. 판례의 평가
III. 사안의 적용
IV. 결론

Ⅰ 문제의 소재

경영상 이유에 의한 해고(이하 경영상 해고)에 대하여는 4가지 요건을 검토하여야 하나, 물음에 따라 경영상 해고 대상자 선정기준에 대하여만 검토하기로 한다.

i) 특별히 해당사안에서는 특히 업무적합성, 근무태도, 임금 등 사용자의 이해관계를 반영하는 요소가 90%를 차지하고 있는데, 근로자의 건강상태나, 부양가족 유무 등 주관적 사정은 거의 반영되지 않았으므로, 이러한 판단기준이 합리적이고 공정한지가 문제된다.

ii) 또한 업무상 재해를 입었던 경험이 있는 근로자나, 상당기간 가족을 부양해야 할 사정이 있는 근로자 등도 해고대상자가 되었는데, 사회·경제적 보호 필요성이 큰 근로자를 배려하는 기준을 설정해야 하는 것인지도 문제된다.

Ⅱ 경영상 해고시 합리적이고 공정한 기준

1. 경영상 해고의 의의

근로기준법에 따르면 사용자가 경영상 해고를 하기 위해서는 ⅰ) 긴박한 경영상의 필요 ⅱ) 사용자의 해고회피노력 ⅲ) 합리적이고 공정한 해고의 기준에 따른 대상자 선정 ⅳ) 해고회피방법 및 해고의 기준 등에 관해 50일전까지 근로자대표에게 통보하고 성실하게 협의할 것 등의 네 가지 요건을 충족해야 한다(제24조).[1)]

그 중 긴박한 경영상 필요와 합리적이고 공정한 기준인지 여부에 대해서만 이하에서 논하기로 한다.

2. 합리적이고 공정한 기준의 의의

사용자가 근로자를 경영상 해고하려면 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다(근기법 제24조 제2항 후단). 따라서 사용자는 근로자들 중에 어느 근로자라도 임의로 선택하여 해고할 수 있는 것이 아니라 반드시 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선별하여야만 정당한 해고로 인정받을 수 있다.[2)]

---

1) 이와 같은 경영상 해고의 네 가지 요건은 근로기준법에 경영상 해고의 규정이 입법화되기 이전에도 이미 1989년 대법원이 최초로 제시한 이래로(대법원 1989.5.23. 선고 87다카2132 판결) 경영상 해고의 정당성을 판단하는 기준의 역할을 수행해 오고 있었다. 현행법의 규정은 경영상 해고의 요건에 관한 종전 판례의 법리를 계승하는 한 편, 이를 더 구체화하면서 더 엄격하게 제한한 것이다(임종률 15판, 533p)

그런데 합리성과 공정성 자체가 추상적인 개념일 뿐 아니라 근기법은 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다는 규정 이외에는 합리적이고 공정한 선정기준을 어떻게 정해야 하는 것인지 구체적으로 규정한 바가 없으므로, 이에 대해서는 판례의 태도를 검토해야 할 필요성이 있을 것이다.

3. 합리적이고 공정한 기준의 판단방법

(1) 일반적 판례법리

판례에 따르면 "합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것"이라고 하면서, "사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다"고 판시하고 있다.

또한 최근 판례는 해고대상자의 선정기준에 대하여 기존 판례법리를 그대로 유지하면서도 "객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적인 기준이 마련되어야 하고 그 기준을 실질적으로 공정하게 적용하여 정당한 해고대상자의 선정이 이루어져야 한다"고 판시하는 등, 경영상 해고 대상자의 선정기준에 대해서 객관적 합리성을 강조하고 있다.

(2) 구체적인 선정기준

판례에 따르면 해고대상자 선정기준을 설정하는 방법에 대하여

ⅰ) 해고대상자 선정기준은 단체협약이나 취업규칙 등에 정해져 있는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 하고,

ⅱ) 만약 그러한 기준이 사전에 정해져 있지 않다면 근로자의 건강상태, 부양의무의 유무, 재취업 가능성 등 근로자 각자의 주관적 사정과 업무능력, 근무성적, 징계 전력, 임금 수준 등 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시키되,

ⅲ) 근로자에게 귀책사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준을 설정하여야 한다."고 판시하고 있다.

4. 판례의 평가

이러한 판례에 대하여는 ⅰ) 대상자의 선정기준을 정할 때, 사용자의 이익측면과 근로자의 생활보호적 측면을 적절하게 조화시키는 것이 요구된다는 것을 확인했다는 점, ⅱ) 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준 설정이라는 법리를 제시했다는 점에서 주목할 만하다고 평가되고 있다.[3)]

---

2) 사법연수원(해고와 임금), 420p

3) 김근주, "경영상 해고에서 '합리적이고 공정한 대상자 선정'의 의미'", 『월간 노동리뷰』2021년 9월호, 한국노동연구원, 131p (대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결)

III. 사안의 적용

해당 사안에 따르면, 경영상 해고 대상자의 선정기준이 단체협약이나 취업규칙 등에 별도로 정해져 있지 않았다는 점에서 A회사가 마련한 경영상 해고 대상자 선정기준이 합리적이고 공정한지를 살펴보기로 한다.

i) A회사가 경영상 해고 대상자 선정 기준에 대하여 과반수 노동조합과의 사전 협의를 통해 합의에 도달하였다고 보이지 않는다는 점,
ii) 경영상 해고 대상자 선정기준이 회사공헌도(근속연수)를 제외하고는 A회사의 이해관계를 반영하는 요소가 90%나 차지하고 있다는 점,
iii) 경영상 해고 대상자 선정기준에 근로자의 건강상태, 부양가족의 유무, 재취업 가능성, 생계유지능력 등 근로자 개인의 주관적 사정을 반영하지 않았기 때문에, 업무상 재해를 입었던 경험이 있는 근로자나 상당기간 가족을 부양해야 할 사정이 있는 근로자 등 사회적·경제적보호의 필요성이 있는 근로자마저 일률적으로 해고대상자에 포함하는 결과를 초래하였다는 점

등을 고려할 때, 객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 기준이라고 평가하기 어렵고, 그러한 기준을 공정하게 적용한 것이라고도 보기 어렵다.

IV. 결론

A회사의 정리해고대상자 선정기준은 합리적이고 공정한 선정기준이라고 볼 수도 없다. 따라서 甲의 주장은 타당하다.

[물음2]에 대한 풀이

I. 문제의 소재
II. 징계절차 위반과 징계의 효력
1. 징계절차규정이 있는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력
2. 징계절차규정이 없는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력
3. 판례의 비판적 검토
III. 징계위원회 구성의 하자와 징계의 효력
1. 원칙
2. 노사동수의 징계위원회 구성시, 노측징계위원의 자격
(1) 징계위원회 노사동수 구성의 취지
(2) 노사동수의 징계위원회 구성시 사용자가 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는지 여부
3. 무자격위원이 징계위원회에 참석했더라도 의결정족수가 충족된 경우 징계의 효력
IV. 사안의 적용
1. 사전통보와 소명기회 미부여로 징계처분이 무효라는 乙의 주장이 타당한지 여부
2. 징계위원회 구성상 중대한 하자로 해당 징계처분이 무효라는 乙의 주장이 타당한지 여부
V. 결론

Ⅰ 문제의 소재

i) 우선 징계사유의 사전통고와 소명기회 부여에 관한 절차가 별도로 규정되어 있지 않은 경우, 그러한 변경의 기회를 부여하지 않아도 징계사유가 정당하다면 해당 징계가 효력이 있는지가 문제된다.

ii) 그리고 징계위원회를 노사동수로 구성한다는 규정만 두고 있을 뿐, 직접적으로 징계위원의 자격이나 선임절차를 규정하고 있지 않은 경우 사측이 노측 징계위원을 임의로 위촉할 수 있는지도 문제된다.

Ⅱ 징계절차 위반과 징계의 효력

1. 징계절차규정이 있는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력

단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 가진다.[4)]

근로기준법 제23조 제1항은 징계의 정당한 이유에 대해서만 규정하고 있으며, 징계절차에 관하여 규정하고 있지는 않다. 하지만, 판례는 단체협약이나 취업규칙 등에 징계혐의사실의 고지, 변경의 기회부여 등의 징계절차규정이 있는 경우에 징계절차의 준수는 '실체적 징계사유의 존부, 부당노동행위에의 해당여부'를 불문하고 징계처분의 유효요건이 된다는 입장이다.

2. 징계절차규정이 없는 경우, 절차를 거치지 아니한 징계의 효력

그런데, 단체협약이나 취업규칙 등에 징계절차에서 징계대상자에게 사전에 통고하거나 변명의 기회를 부여하도록 하는 절차상의 규정이 없는 경우에는 징계사실을 통고하여 줄 의무가 없으며, 따라서 그와 같은 절차를 거치지 않았다고 하더라도 징계해고처분을 무효라고 할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.[5)]

---

4) 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결
5) 대법원 2004.1.29. 선고 2001다6800 판결 등 다수

3. 판례의 비판적 검토

판례는 취업규칙상의 징계규정과 관련하여 '정의가 요구하는 유효요건'이라고 전제하면서 취업규칙에 징계규정이 없으면 절차적 정의(due process)라는 일반 법원리를 반영하기 위한 해석론적 고민을 전혀 하고 있지 않다는 비판이 제기된다.[6)]

III 징계위원회 구성의 하자와 징계의 효력

1. 원칙

판례에 따르면, 취업규칙이나 단체협약 등에 징계위원회의 구성방법을 규정하고 있는 경우 그와 다른 방법에 의하여 구성된 징계위원회가 징계해고의결을 하였다면 이 역시 징계절차에 위반한 것으로서 무효이다.[7)]

2. 노사동수의 징계위원회 구성시, 노측징계위원의 자격

(1) 징계위원회 노사동수 구성의 취지

취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라는 것이 판례의 태도이다.

(2) 노사동수의 징계위원회 구성시 사용자가 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는지 여부

판례에 따르면 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관하여 규정하고 있지 않더라도, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해 왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사용자가 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있다고 해석할 수는 없다고 한다.[8)]

3. 무자격위원이 징계위원회에 참석했더라도 의결정족수가 충족된 경우 징계의 효력

징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이므로, 자격이 없는 위원을 제외하고서도 의결정족수가 충족된다 하더라도 징계위원회의 구성자체에 위법이 있는 이상 무효가 된다는 것이 판례의 태도이다.[9)]

IV. 사안의 적용

---

6) 김유성 Ⅰ, 265p (취업규칙의 작성권이 사용자에게 있다는 점을 고려하면 절차적 정의의 실현 여부는 종국적으로 사용자의 자의에 의해 좌우되는 결과가 될 것이다)

7) 대법원 1994.8.23. 선고 94다7553 판결 ; 징계규정에서 징계위원회 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.(대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결)

8) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결)

9) 대법원 1996.6.28. 선고 94다53716 판결

1. 사전통보와 소명기회 미부여로 징계처분이 무효라는 乙의 주장이 타당한지 여부

징계사유에 사전 통보나 변경기회 부여에 대한 규정이 없는 경우, 그러한 절차를 거치지 않았다고 하더라도 징계는 효력이 있다는 것이 판례의 태도이므로, 이에 대한 乙의 주장은 타당하지 않다.

2. 징계위원회 구성상 중대한 하자로 해당 징계처분이 무효라는 乙의 주장이 타당한지 여부

취업규칙이나 단체협약에 따르면 징계위원의 자격이나 선임절차에 별도로 정함이 없으므로, 징계위원회 구성시 A회사 대표이사가 노측 징계위원 2명을 A회사 소속 근로자로 위촉을 한 점을 알 수 있다.

하지만, 노동조합 대표자 乙이 이러한 징계위원회 구성의 타당성을 문제삼고 있는 등, 노측 징계위원으로 위촉된 근로자 2명이 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해 온 것으로 보기는 어려울 것이다. 따라서 A회사는 근로자들의 의견을 반영하지 않고, 임의로 노측 징계위원을 징계한 것으로 볼 수 있다. 따라서 징계위원회 구성에 중대한 하자가 있다는 乙의 주장은 타당하다.

V. 결론

징계사유를 사전통보하지 않고 소명기회를 부여하지 않았기 때문에 정직 3개월의 징계는 무효라는 乙의 주장은 타당하지 않지만, 징계위원회 구성에 하자가 있으므로 징계가 무효라는 乙의 주장은 타당하다.

[문제2]

A회사는 정보통신사업 등을 영위하는 회사인데, 2011. 10. A회사의 플랫폼 사업 부문이 분할되어 B회사가 설립되었다. A회사는 B회사의 주식 98.1 %를 보유하고 있다. B회사는 2016. 12. 31. 기준 1조원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사이다. A회사는 B회사의 플랫폼 관련 전문성과 A회사의 마케팅 경쟁력을 결합한 신규 사업인 '플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업'을 진행하였는데, 그 과정에서 B회사로부터 다수 근로자를 전출 받았다. 한편 근로자 丙은 2015. 3. B회사에 입사한 직후 A회사의 '플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업'으로 전출되어 관련 업무를 수행하였다. 위 전출과 관련해 A회사는 B회사와 "B회사는 전출 근로자를 고용한 사업주로서 전출 근로자와 근로관계가 있음을 보증하고 임금 지급 등 근로관계법령상의 사용자책임을 부담하며, A회사는 B회사가 전출 근로자와의 근로관계를 유지하기 위해 소요되는 인건비를 6개월마다 정산하여 B회사에 지급한다."는 내용의 비용정산 계약을 체결하였다. 위 계약에 따라 B회사는 근로자 丙을 비롯한 전출 근로자들에게 임금을 지급하였고 A회사는 B회사에게 전출 근로자들의 임금 상당액을 지급하였다. 2017. 7. '플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업'이 종료되자 丙을 비롯한 B회사의 전출근로자들은 B회사로 복귀하여 플랫폼 사업 업무를 담당하였다. 근로자 丙은 A회사가 자신을 직접고용 하여야 할 의무가 있다고 주장한다.

[물음] 근로자 丙의 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (25점)

• 공인노무사 2023년 기출문제 (대법원 2022.7.14. 선고 2019다299393 판결의 사실관계 응용)

I. 문제의 소재
Ⅱ. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용
1. 전출과 근로자 파견의 의의
2. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용
Ⅲ. 사안의 적용
1. B회사의 전출행위가 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성이 있는지 여부
2. B회사(원고용주)의 사업목적과 근로계약 체결의 목적 등이 무엇인지 여부
3. B회사의 근로자에 대한 전출의 목적과 규모, 횟수, 기간 태양
Ⅵ. 결론

Ⅰ 문제의 소재

전출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하다. 그런데, 파견근로자 보호 등에 관한 법률 (이하 파견법) 제6조의2 제1항에 따르면 사용주업주에게 직접고용의무를 부과하고 있는데, 전출에 따른 원소속기업인 B회사를 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업인 A회사를 파견법상 사용사업주의 관계로 파악하여 A사에 대하여 직접고용의무규정을 적용할 수 있는지, 그렇다면 그 판단기준이 무엇인지가 문제된다.

Ⅱ 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용

1. 전출과 근로자 파견의 의의

(1) 전출의 의의

전출은 근로자가 원소속기업과의 근로계약을 유지하면서 휴직·파견·사외근무·사외파견 등의 형태로 원소속기업에 대한 근로제공의무를 면하고 전출 후 기업의 지휘·감독 아래 근로를 제공함으로써 근로제공의 상대방이 변경되는 것으로서 근로자의 원소속기업 복귀가 예정되어 있는 것이 일반적이다.

(2) 근로자파견의 의의

근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말하며, 파견근로자란 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자를 말한다.(파견법 2조)

특히 불법파견에 해당하는 경우 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하여야 할 의무가 있으므로 (6조의2) 파견관계인지 여부가 중요하다.

2. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용[10)]

(1) 파견법상 직접고용의무규정의 의의 및 효과

사용사업주는 파견사업허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우 등 불법 파견을 한 경우 해당 파견근로자를 직접고용해야 할 의무가 있다.(6조의2 1항)

이러한 파견법상의 직접고용의무 규정은 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계와 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것이라는 것이 판례의 태도이다.[11)]

직접고용의무가 개시된 시점부터 사용사업주는 파견근로자를 직접고용해야 할 법정의무를 부담하는데, 판례에 따르면 “파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시에 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고[12)], 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다”고 판시하여[13)]판결이 확정된 후에는 직접근로관계 성립이 판결에 의해 인정된다고 한다.[14)]

---

10) 아래의 판례는 모두 대법원 2022.7.14. 선고 2019다299393 판결을 인용한 것이다.

11) 대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결

12) 민법 제389조(강제이행) ① 채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다. ② 전항의 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있고 채무자의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제삼자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다.
민사집행법 제263조(의사표시의무의 집행) ① 채무자가 권리관계의 성립을 인낙한 때에는 그 조서로, 의사의 진술을 명한 판결이 확정된 때에는 그 판결로 권리관계의 성립을 인낙하거나 의사를 진술한 것으로 본다.

13) 대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결

14) 박종희, 위의 글, 63p 참조

(2) 파견법상 직접고용의무규정의 적용범위 및 판단기준

판례에 따르면 파견법 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자파견사업을 하는 파견사업주, 즉 근로자파견을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용된다"고 한다.

그런데, 판례에 따르면 "근로자파견을 업으로 하는 자'란 반복·계속하여 영업으로 근로자파견행위를 하는 자를 말하고, 이에 해당하는지는

ⅰ) 근로자파견행위의 반복·계속성, 영업성 등의 유무와

ⅱ) 원고용주의 사업 목적과 근로계약 체결의 목적,

ⅲ) 근로자파견의 목적과 규모, 횟수, 기간, 태양 등

여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다고 한다.

그리고 위와 같은 반복·계속성과 영업성은 특별한 사정이 없는 한 근로자파견행위를 한 자, 즉 원고용주를 기준으로 판단하여야 한다는 것이 判例의 태도이다.

(3) 계열회사간 전출에 따른 근로관계와 근로자파견관계

그런데 판례에 따르면 "특히 고유한 사업 목적을 가지고 독립적 기업 활동을 영위하는 계열회사 간 전출의 경우 전출 근로자와 원소속기업 사이에는 온전한 근로계약 관계가 살아있고, 원소속기업으로의 복귀 발령이 나면 기존의 근로계약 관계가 현실화되어 계속 존속하게 되는바, 위와 같은 전출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하더라도 그 제도의 취지와 법률적 근거가 구분"된다고 한다.

그러므로 "전출에 따른 근로관계에 대하여 외형상 유사성만을 이유로 원소속기업을 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업을 파견법상 사용사업주의 관계로 파악하는 것은 상당하지 않고, 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다"는 것이 판례의 태도이다.

Ⅲ 사안의 적용

파견법 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자파견을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용되므로 판례의 기준에 따라 B회사를 근로자파견을 업으로 하고 있는 자인지를 판단하기로 한다.

1. B회사의 전출행위가 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성이 있는지 여부

B사는 丙을 비롯한 전출 근로자에게 임금을 지급한 후 비용정산 계약에 따라 A회사로부터 임금 상당액 등을 지급받았을 뿐, 근로자 전출과 관련한 별도의 대가나 수수료 혹은 이와 동일시할 수 있는 경제적 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, 플랫폼을 기반으로 한 쇼핑, 미디어, 요식사업을 위한 전출 등이 이후에도 반복·계속되었다고 볼만한 사정이 보이지 아니한다. 따라서 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성을 인정하기 어렵다.

2. B회사(원고용주)의 사업목적과 근로계약 체결의 목적 등이 무엇인지 여부

B회사는 근로자파견을 주된 업으로 하고 있는 것이 아니라 정보통신사업 등을 영위하는 회사이며, 해당 사업을 하기 위해 1조원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사임을 알 수

있다.
또한 丙과 근로계약을 체결한 이유도 B회사의 플랫폼 사업업무를 담당하기 위한 것임을 알 수 있다. 丙 등 전출 근로자들은 원칙적으로 원 소속부서로의 복귀가 예정되어 있었고, 실제 사업 종료 후 丙은 B회사로 복귀하여 근무한 점 등에 비추어 근로자에 대한 근로계약 체결의 목적이 근로자파견을 위한 것이라고 보이지 않는다.

따라서 B회사는 근로자파견을 주된 사업목적으로 하고 있지 아니하며, 丙과 근로자 파견을 목적으로 근로계약을 체결한 것도 아니다.

3. B회사의 근로자에 대한 전출의 목적과 규모, 횟수, 기간 태양
B회사는 자신들의 플랫폼관련 전문성과 A사의 마케팅 경쟁력을 결합해서 신규사업을 진행하고자 하는 사업상 필요와 전문 인력을 활용하기 위해서 근로자의 전출을 하고 있는 것으로 보인다.
丙은 전출 이후에도 B회사에서 수행했던 전문적 업무를 수행한 것으로 판단되며, 실제로 1회에 걸쳐 전출을 한 것으로 볼 수 있고, B회사에 복귀후에는 다시 동일한 플랫폼 업무를 수행한 것을 알 수 있다. 따라서 丙이 파견법상 직접고용의무의 취지인 근로자파견의 상용화·장기화 내지 고용불안 등의 상황에 처해 있다고 보기는 어렵다.

따라서 이 모든 사항을 종합적으로 검토한 결과, B회사를 근로자파견을 업으로 하는 자라고 보기 어렵다. 따라서 A회사의 직접고용의무를 인정할 수 없다.
그러므로 丙의 주장은 타당하지 않다.

Ⅳ 결론
B회사를 근로자파견을 업으로 하는 자라고 보기는 어려우므로 A회사의 직접고용의무를 인정할 수 없다. 따라서 甲의 주장은 타당하지 않다.