

대 법 원  
제 1 부  
판 결

사 건 2016다13437 우선채고용의무위반등

원고, 피상고인 겸 상고인

원고

소송대리인 법무법인 여는

담당변호사 조세화 외 20인

피고, 상고인 겸 피상고인

사회복지법인 은광복지재단

소송대리인 법무법인 목민

담당변호사 김치결 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2016. 2. 5. 선고 2014나50038 판결

판 결 선 고 2020. 11. 26.

주 문

원심판결 중 손해배상 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

피고의 나머지 상고를 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 원고 상고이유에 관한 판단

가. 근로기준법 제25조 제1항은 "제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다."라고 규정하고 있다.

이러한 근로기준법의 규정 내용과, 자신에게 귀책사유가 없음에도 경영상 이유에 의하여 직장을 잃은 근로자로 하여금 이전 직장으로 복귀할 수 있는 기회를 보장하여 해고 근로자를 보호하려는 입법 취지 등을 고려하면, 사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있다.

이때 사용자가 해고 근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고 근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조 제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음의 사실 또는 사정을 알 수 있다.

1) 피고는 장애인 복지시설인 ○○원을 운영하는 재단법인으로, 원고는 2004. 2.

1.부터 ○○원에서 생활부업무 담당 생활재활교사로 근무하다가 2010. 6. 1. 소외 1과 함께 경영상 이유에 의하여 해고되었다.

2) 이후 피고는 ① 2010. 12. 1. 소외 2를 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ② 2011. 7. 1. 소외 3을 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ③ 2011. 8. 1. 소외 4를 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ④ 2011. 9. 1. 소외 5를 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ⑤ 2011. 10. 1. 소외 6을 생활부업무 담당 생활재활교사로, ⑥ 2011. 11. 1. 소외 7을 생활부업무 담당 생활재활교사로, 소외 8을 사무국장으로, ⑦ 2012. 2. 1. 소외 9를 생활부업무 담당 생활재활교사로, ⑧ 2013. 4. 1. 소외 10을 생활부업무 담당 생활재활교사로, 소외 11을 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ⑨ 2013. 5. 1. 소외 12를 생활부업무 담당 생활재활교사로 각 채용하였다.

3) 원고에 대한 해고 이후에 원고의 주소나 연락처가 변경되어 피고가 연락을 취하기 어려웠다고 볼 만한 자료는 없다. 그럼에도 피고는 위와 같이 근로자를 채용하면서 원고에게 채용 사실을 고지하거나 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않았다.

4) 위 각 채용 당시 원고가 고용계약을 체결하기를 원하지 않았을 것이라거나, 피고에게 원고와 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다고 볼 자료는 없다.

다. 이러한 사정을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴본다. 피고는 원고와 소외 1을 경영상 이유에 의해 해고한 후 원고에게 채용 사실과 채용 조건을 고지하여 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 여러 차례 생활재활교사를 채용하였다. 따라서 아무리 늦어도 피고가 원고와 소외 1을 해고한 이후 원고가 해고 당시 담당하였던 생

할부업무 담당 생활재활교사 업무에 근로자를 2명째 채용한 2011. 11. 1. 무렵에는 피고에게 원고에 대한 우선 재고용의무가 발생하였다고 볼 수 있다.

라. 그런데도 원심은 피고가 원고에게 개별적 통지의 방식으로 채용절차를 고지하고 이에 관한 의사를 확인하여야 한다고 볼 근거는 없다는 등 판시와 같은 이유를 들어, 원고가 피고에게 재고용을 원한다는 뜻을 표시한 이후로서 피고가 신규채용을 한 때인 2013. 4. 1.경에 비로소 피고의 우선 재고용의무가 발생하고 그 무렵 피고가 이를 위반하였다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 근로기준법 제25조 제1항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 피고 상고이유에 관한 판단

### 가. 우선 재고용의무 발생시점 관련 상고이유 주장에 관한 판단(제1, 2점)

이 부분 상고이유 주장은, 원고가 피고에게 재고용을 원한다는 뜻을 표시한 이후로서 피고가 신규채용을 하는 때에 비로소 피고가 원고를 우선 재고용할 의무가 발생한다는 점을 전제로 원심의 사실인정과 판단을 다투는 취지이다.

그러나 앞서 살펴 본 것처럼 우선 재고용의무 발생 시점에 관한 원심의 판단은 유지될 수 없다. 피고의 이 부분 상고이유는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

### 나. 통상손해 관련 상고이유 주장에 관한 판단(제3점)

근로기준법 제25조 제1항에 따라 사용자는 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있으므로 해고 근로자는 사용자가 위와 같은 우선 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고 근로자 사이에 고용관계가 성립한다. 또한 해고 근로자

는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 참조).

원심은, 피고가 근로기준법 제25조 제1항을 위반하여 원고가 입은 통상의 손해액은 피고가 우선 재고용의무를 이행하였더라면 원고가 받았을 임금 상당액이라고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단에 손해의 범위와 상당인과관계에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 다. 손익상계 관련 상고이유 주장에 관한 판단(제4점)

1) 채무불이행이나 불법행위 등으로 손해를 입은 채권자 또는 피해자 등이 동일한 원인에 의하여 이익을 얻은 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. 이와 같이 손해배상액을 산정할 때 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 그 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다(대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결 참조). 한편 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수

없다(대법원 1992. 7. 24. 선고 91다44100 판결 등 참조).

2) 원심은, 원고가 다른 직장에 취업하여 얻은 소득(이하 '중간수입'이라 한다)이 원고가 재고용 되었을 경우 얻을 수 있었던 월 임금 상당액의 30%를 초과하는 기간 동안에는 월 임금지 70%에 해당하는 금액이 중간수입 공제 후 손해라고 보고, 이와 달리 원고의 손해액에서 중간수입이 전부 공제되어야 한다는 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

3) 원심판결 이유를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴본다. 원고는 피고가 원고에 대한 우선 재고용의무를 이행하지 않는 동안 피고에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 중간수입이라는 이익을 얻은 것이어서 이러한 이익은 피고의 우선 재고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다. 따라서 원고의 손해액을 산정할 때에는 원고가 주장하는 손해액 청구 기간과 시기적으로 대응하는 기간 동안 원고가 얻은 중간수입을 전부 공제하여야 한다.

그런데도 원심은 월 임금 상당액의 30% 이내에서만 중간수입 공제가 가능하다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 손익상계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

라. 고용의무 소멸 관련 상고이유 주장에 관한 판단(제5점)

원심은 판시와 같은 이유로 경영상 이유에 의한 해고일로부터 3년 이내에 피고의 원고에 대한 우선 재고용의무가 발생한 이상, 그 이후에 해고일로부터 3년이 경과하였다 고 하더라도 이미 발생한 피고의 우선 재고용의무가 소멸한다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단에 근로기준법 제25

조 제1항에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

마. 신의칙과 권리남용 관련 상고이유 주장에 관한 판단(제6점)

원심은 판시와 같은 이유로 원고가 이 사건 소를 제기한 것이 신의칙에 위반된다거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단에 신의칙 또는 권리남용에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결론

그러므로 원심판결 중 손해배상 청구 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고의 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            이기택

                  대법관            박정화

주 심            대법관            김선수

                  대법관            이흥구