

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2019두59349 부당해고구제재심판정취소
원고, 피상고인 주식회사 맥서브
소송대리인 법무법인(유한) 정률
담당변호사 박근후
피고, 상고인 중앙노동위원회 위원장
피고보조참가인, 상고인
피고보조참가인
소송대리인 변호사 박삼성
원 심 판 결 서울고등법원 2019. 10. 24. 선고 2019누41456 판결
판 결 선 고 2023. 11. 16.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

피고와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 상고이유를 함께 판단한다.

1. 사건의 경위 및 원심의 판단

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음 사실을 알 수 있다.

1) 원고는 상시 약 6,400명의 근로자를 고용하여 건물종합관리업 등을 영위하는 법인으로 광주 제2순환도로 주식회사가 시행한 경쟁입찰에서 위 도로 4구간의 유지관리용역을 낙찰 받아 2017. 4. 1. 도급계약을 체결하였다. 원고는 입찰 시 광주 제2순환도로 주식회사에게 '근로자의 고용안정을 위하여 근로자의 자진퇴사, 정년 도래, 요금 수납 부정, 기타 사회통념상 고용이 어려운 경우 등 특별한 경우를 제외하고 과업인원을 고용승계하고 고용을 유지하겠다'는 근로조건 이행 약속서를 제출하였다.

2) 참가인은 종전에 위 용역을 수행하던 (소외 회사)(이하 '종전 용역 업체'라 한다)에 2008. 6. 16. 입사하여 8년여 기간 동안 이 사건 영업소에서 영업관리 팀 서무주임으로 근무하여 왔는데, 원고가 용역업체로 낙찰받음에 따라 2017. 4. 1. 원 고와 근로계약을 체결하였고 근로 내용의 변함 없이 이 사건 영업소에서 서무주임 직 책으로 근무하였다.

3) 참가인과 원고가 체결한 근로계약에는 '참가인은 일근제로 9시부터 18시까지 근무하고, 수습기간 3개월(이전 근무기간과 무관하게 원고와의 계약 체결일을 기준으로 하였다) 중 문제가 있는 경우 사용자가 본채용을 거부할 수 있으며, 주휴일과 근로자의 날만을 휴일로 인정하고, 상기 내용에 없는 사항은 현장직 복무규정 등에 따른다'는 내용이 포함되어 있었다. 원고의 취업규칙인 현장직 복무규정 제15조는 '현장직 일근직 사원의 근로시간은 현장의 특성에 맞추어 정하고, 회사는 부득이한 사정으로 근무시간이 변경되는 경우 이를 사전에 통보하여야 하며, 사원은 정당한 이유 없이 근무시간 변경을 거부하지 못한다'는 내용을 규정하였다.

4) 참가인은 원고 소속으로 근무할 당시 만 1세, 6세인 자녀를 양육하는 여성 근로자였는데, 종전 용역업체 소속일 때에는 출산 및 양육을 이유로 초번 근무(교대제 근로자들의 근무전환시간 또는 휴게시간 동안 공백을 방지하기 위하여 매월 일정 횟수로 오전 6시부터 오후 3시까지 근무하는 것)는 면제 받고(대신 영업관리팀장이 초번 근무를 수행하였다), 공휴일(근로자의 날은 휴일로 이에 포함되지 않는다. 이하 같다)에는 다른 팀의 일근제 근로자들과 마찬가지로 연차휴가를 사용한 것으로 대체하여 실제로 근무하지 않았다.

5) 참가인은 원고와 근로계약을 체결한 달인 2017. 4.에는 자녀의 어린이집 및 유치원 등원시간에 맞추어 외출을 허락 받아 사전에 통보받은 초번 근무 3회를 모두 수행하였다. 2017. 4.에는 공휴일이 없었는데, 참가인은 2017. 4. 말경 원고로부터 '참가인은 영업관리팀 소속이므로 공휴일에 휴무할 수 없으니 출근하라'는 지시를 받았으나 2017. 5.부터 공휴일에 출근하지 않았고, 2017. 5. 4. 원고에게 '종전 용역업체에서는 공휴일에 근무하지 않았고 광주 제2순환도로 다른 영업소의 서무주임도 공휴일에 근무하지 않으며, 오랜 근무형태를 하루아침에 변경하는 것은 부당하다'는 내용의 경위서를 제출하였다. 이에 원고가 참가인에게 '무단결근이 계속되면 초번 근무 시 외출을 허용할 수 없다'는 취지로 언급하자, 참가인은 2017. 5.부터는 초번 근무를 수행하지 않았다.

6) 원고는 본채용 평가에서 참가인이 초번 근무(2017년 5월 3회, 6월 6회)를 거부하고 공휴일(총 4일) 및 근로자의 날에 무단결근을 하였다는 이유로 근태 항목에서 50점 가까이 감점하였고, 그 결과 본채용 기준인 총점 100점 중 70점에 미달하였다는 이유로 2017. 6. 30. 참가인에게 '정식채용 부적격 대상에 해당하여 근로계약을 해지한다'는 통보(이하 '이 사건 본채용 거부통보'라 한다)를 하였다.

7) 중앙노동위원회가 참가인의 이 사건 본채용 거부통보를 부당해고로 인정하는 재심 판정을 하자, 원고는 그 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

나. 원심은, 근로계약 및 취업규칙에서 휴일로 규정한 근로자의 날은 참가인에게 근무 의무가 없으나, 초번 근무 및 공휴일 근무의 경우에는 참가인이 근무 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니한 사실이 인정되므로 이 사건 본채용 거부통보의 원인사실이 존재하고, 이 사건 본채용 거부통보는 합리적인 이유가 있어 사회통념상 상당하다고 판단하여, 원고의 부당해고 구제 재심판정 취소청구를 인용하였다.

2. 대법원의 판단

가. 참가인에게 초번 근무 및 공휴일 근무 의무가 인정되지 않는다는 주장에 대하여(제3 상고이유)

원심은, 근로계약에는 계약서에 기재되지 아니한 사항은 현장직 복무규정에 따르도록 되어 있는바, 초번 근무 지시는 현장직 복무규정 제15조가 예정한 근무시간 변경에 해당하여 원칙적으로 참가인이 초번 근무 지시를 이행할 의무가 있고, 공휴일은 근로계약상 휴일이 아니므로 원칙적으로 참가인에게 근무 의무가 인정되며 원고가 영업관리팀 소속인 참가인에게 공휴일 근무가 필요하다고 판단하여 근무를 지시한 것이 부당하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 이 사건 본채용 거부통보의 원인사실이 인정된다는 원심의 판단에 피고나 참가인의 상고이유 주장과 같은 근로계약, 취업규칙, 신뢰보호원칙 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 원고가 참가인에 대하여 일·가정 양립을 위한 배려의무를 다하지 아니하여 이 사건 본채용 거부통보에 이르렀으므로 본채용 거부의 합리적 이유가 인정되지 않는다

는 주장에 대하여(제1, 2 상고이유)

1) 부모의 자녀 양육권은 헌법 제36조 제1항, 제10조, 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권으로서(헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 등 결정 참조), 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 '남녀고용평등법'이라 한다)은 양육권의 사회권적 기본권으로서의 측면을 법률로써 구체화하여 근로자의 양육을 배려하기 위한 국가와 사업주의 일·가정 양립 지원의무에 관하여 규정하고 있다. 특히 남녀고용평등법 제19조의5는 사업주가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육하는 근로자(이하 '육아기 근로자'라 한다)의 육아를 지원하기 위하여 업무를 시작하고 마치는 시간 조정, 연장근로의 제한, 근로시간의 단축, 탄력적 운영 등 근로시간 조정을 비롯하여 그 밖에 소속 근로자의 육아를 지원하기 위하여 필요한 조치를 하도록 노력하여야 한다고 규정하였다. 따라서 자녀 양육에 대한 부담으로 발생하는 근무상 어려움을 육아기 근로자 개인이 전적으로 감당하여야 한다고 볼 수 없고, 사업주는 그 소속 육아기 근로자의 일·가정 양립을 지원하기 위한 배려의무를 부담한다고 봄이 타당하다. 사업주가 그 소속 육아기 근로자에 대하여 근로시간 등에서 배려하는 것은 남녀고용평등과 일·가정 양립의 필수적인 전제가 되는바, 이때 사업주가 부담하는 배려의무의 구체적인 내용은 근로자가 처한 환경, 사업장의 규모 및 인력 운영의 여건, 사업 운영상의 필요성 등 제반 사정을 종합하여 개별 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다.

한편 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 해당 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재

하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5955 판결, 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등 참조).

2) 앞서 본 사실관계와 더불어 기록에 의하여 알 수 있는 사정을 위 법리에 비추어 다음과 같이 살펴보면, 원고는 어린 자녀를 양육하는 참가인에 대하여 고용승계에 따른 시용기간 동안 일·가정 양립을 위한 배려의무를 다하지 아니하였고, 그 결과 참가인이 초번 근무와 공휴일 근무를 하지 못하고 근태 항목에서 상당한 감점을 당하여 본채용 거부통보를 받기에 이르렀다고 볼 여지가 상당하다.

가) 이 사건 본채용 거부통보가 합리적 이유와 사회통념상 상당성을 갖추었는지 여부를 판단할 때에는 원고가 시용기간 동안 육아기 근로자인 참가인에 대하여 일·가정 양립을 위한 배려의무를 다하였는지를 고려할 필요가 있다. 특히 원고는 고용승계 조항이 담긴 근로조건 이행 협약서를 제출하여 도급계약을 체결하였고, 참가인은 이 사건 영업소에서 약 8년 9개월 동안 동일한 업무를 수행하여 온 숙련된 근로자로서 고용승계에 대한 기대를 갖는바, 참가인의 입장에서는 이 사건 본채용 거부통보가 실질적으로 수년간의 고용이 종료되는 것과 마찬가지로의 효과를 갖는다. 이러한 점을 고려하면, 이 사건 본채용 거부통보의 합리적 이유와 사회통념상 상당성은 신규 근로자에 대한 본채용 거부보다 다소 엄격하게 판단함이 타당하다.

나) 참가인은 종전 용역업체에서 근무할 때 자녀 양육 문제로 초번 근무를 면제 받았다. 원고에 고용이 승계된 후 이 사건 영업소 소장은 2017. 4.에는 참가인의 초번 근무 시 자녀의 등원시간에 맞추어 외출을 허용하기도 하였다.

다) 또한 종전 용역업체에서는 참가인을 포함한 모든 일근제 근로자들은 공휴일에 연차휴가를 사용하여 근무하지 않았고, 참가인의 전임 서무주임도 공휴일에 근무하

지 않았다. 원고는 다른 팀 소속 일근제 근로자들에 대하여는 공휴일에 연차휴가를 사용한 것으로 대체하는 제도를 시행하고 있다.

원고에 따르면 영업관리팀 소속 교대제 근무자인 영업주임의 순찰시간, 식사시간에 사무실을 관리하기 위하여 같은 팀 소속 서무주임의 공휴일 근무가 요구된다는 것이다. 그러나 단순히 순찰·식사시간의 공백 정도를 보완하기 위한 것이라면 육아기 근로자인 참가인에 대하여 공휴일 근무의 횟수, 빈도나 근무시간을 조절하여 연차휴가·외출 등을 사용하도록 하는 방법을 모색하거나 참가인이 바뀐 근로조건에 대응할 수 있도록 일정한 유예기간을 부여하였더라도 이 사건 영업소의 운영에 큰 지장이 있었으리라고 보이지 않는다. 영업관리팀에는 교대제 근무자인 영업주임 4명 외에도 일근제 및 교대제의 혼합형태 근무자인 미납관리실 직원 7명이 있었으므로, 서무주임인 참가인이 영업주임의 공백을 보완할 수 있는 유일한 근로자인 것도 아니었다.

라) 그런데 원고는 참가인에게 종전의 근로조건과 달리 초번 근무 및 공휴일 근무를 지시하면서 '일근제 근로자는 공휴일에 연차휴가를 사용할 수 있지 않느냐, 오랜 근무형태를 하루아침에 변경하기 어렵다'는 참가인의 요청에 대하여 '참가인은 영업관리팀 소속으로 공휴일 휴무가 불가하다'는 취지로 답하여 연차휴가 사용 여지를 미리 차단하고, 참가인이 계속 공휴일 근무를 거부하자 초번 근무 시 허용하였던 외출을 금지하여 참가인이 당초 수행하였던 초번 근무마저도 하지 못하는 상황을 초래하였다. 시용기간에 대한 평가 결과 참가인은 업무수행능력 면에서는 아무런 문제가 없었음에도 불구하고 초번 근무 불이행 및 공휴일 무단결근을 이유로 전체 점수 중 절반에 가까운 감점을 당하여 본채용 부적격 대상으로 결정되었다.

마) 위 전후 사정에 비추어 보면, 원고는 참가인이 육아기 근로자로서 자녀를 보

육시설에 등원시켜야 하는 평일 오전 이른 시간이나 공휴일에 근무하여야 할 경우 양육에 어려움을 겪을 것이라는 사정을 충분히 알 수 있었다고 보여진다.

그리고 이 사건 영업소의 여건, 인력 현황 등을 고려해 보면, 원고에게 공휴일 근무와 관련해 육아기 근로자인 참가인에 대하여 일·가정의 양립을 위한 노력을 기울일 것을 기대하는 것이 과도하거나 무리라고 보이지 않는다. 수년간 지속하여 온 근무 형태를 갑작스럽게 바꾸어 보육시설이 운영되지 않는 공휴일에 매번 출근할 것을 요구하는 것은 참가인의 자녀 양육에 큰 손해가 되는 반면, 서무주임인 참가인에게 공휴일 근무를 지시하여야 할 원고의 경영상 필요성이 크다고 보기는 어렵다.

3) 원심으로서는 앞서 본 바와 같이 다소 엄격한 기준에 따라 원고가 시용기간 및 평가과정에서 육아기 근로자인 참가인에 대하여 일·가정 양립을 위한 배려를 다하였는지를 심리하고 판단할 필요가 있다. 그런데도 원심은, 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 본채용 거부통보는 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 남녀고용평등법상 일·가정 양립을 위한 배려의무에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 천대엽

주심 대법관 민유숙

 대법관 이동원

 대법관 권영준