

노동판례리뷰

2020

남궁준·김근주·박제성 編

노동판례리뷰

2020

남궁준·김근주·박제성 編

목 차

■ 노동법의 적용	1
• 선거운동원에게는 최저임금법이 적용되지 않는다	1
• 근로기준법 제63조의 적용단위	5
• 강행법규 위반인 사무장 병원의 사용자 찾기	9
• 불법취업 외국인을 파견받아 사용한 행위가 「출입국관리법」상 고용인지 여부	12
• 임원, 출자자, 근로자 지위의 상호 독립성	18
• 근로자성 판단기준 비판- 삼성물산 백화점 위탁판매원 사건	24
• 채권추심원의 겸직은 근로자성 부정의 징표가 아니다	31
• 겸직한 채권추심원의 근로자성 인정 여부	35
• 관리직 자원봉사자의 근로기준법상 근로자성	39
• 백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단	44
• 창작이라는 ‘노동’: 영화제작 종사자의 근로자성 판단	51
• 대리운전기사의 노조법상 근로자성	56
• 타다의 법적 성격과 타다기사의 법적 지위	61
■ 근로조건 결정규범	68
• 여성이 전부 또는 다수인 분야에 대한 차별의 위법성 판단	68
• 노동법상 일반원칙으로서의 유리의 원칙	72
• 단체협약상 쟁의행위 중 신분보장 조항의 효력	77
• 유니온 슝 협정의 효력 제한	80
• ‘상근’의 의미와 규범적 판단 요소	86
• 무기계약직 근로자의 기존 취업규칙 적용	89

• 단체협약의 협의 사항 해석과 업무방해죄	92
• 취업규칙 불이익 변경과 유리한 근로계약의 최근 세 가지 사례	95
• 경영권 사항에 대한 단체협약 합의 조항의 효력	100
■ 근로조건	104
• 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 계산식(計算式)	104
• 연차휴가 사용촉진제도의 의의와 유효성	110
• 정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 위법성(3)	114
• 샤넬코리아 매장 직원의 출근은 몇 시인가: 시업 전 준비시간의 실근로시간 해당 여부	121
• 꾸밈노동과 근로시간	129
■ 인사이동, 징계, 근로관계의 변동	133
• 지원서의 학력 오기재를 이유로 한 근로계약 취소의 정당성 여부	133
• 공무원의 징계사유에 해당하는 ‘영리업무’와 ‘겸직’의 구별	137
• 외국인 영어보조교사에 대한 에이즈 검사결과 제출요구의 정당성 여부	141
• 노동조합 내부 비위자의 사용자 징계 가능 여부	147
• 병가 취득 요건 결여를 이유로 한 징계해고의 유효성	151
• 검찰총장인 검사에 대한 직무집행정지처분에 대한 집행정지의 정당성 여부	156
■ 근로관계의 종료	164
• 해고기간 중의 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익이 있다	164
• 해고예고수당의 적극적 수령과 퇴직함의	169

■ 노동조합	176
• 산별노조 간부의 사업장 출입 권한	176
• 전교조에 대한 법외노조 통보는 위법하다	180
• “법원은 법률이 아닌 법을 선언해야 한다”: 전교조 사건 대법원 전원합의체 판결에 대한 사설(僥說)	184
• 절차적 공정대표의무 위반의 판단기준	192
• 노동조합 명칭 사용죄에 대한 의문점	198
• 노조 와해 전략은 반(反)헌법적 행위이다	202
■ 쟁의행위	206
• 사용자 없는 노동: 흥익대 청소노동자들의 쟁의행위	206
• 불법 대체근로에 동원된 외부인에 대한 법적 평가와 그를 향한 물리력 행사의 가부	210
• 비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위의 법적 성격	215
• 도급인 사업장 내 쟁의행위와 대체근로 저지의 정당성 여부	220
• 쟁의행위 시 업무방해죄의 위법성 조각	224
• 회사 내부 전산망을 통해 발송한 노조 가입홍보 이메일 회수 요구가 지배·개입인지 여부	228
• 대리점 택배기사 파업에 대한 원청회사의 대체인력 투입	230
■ 비정규직	235
• 다시 소환된 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계	235
• 기간제근로자 사용기간 제한에서 공개채용 절차와 계속근로 여부	240
• 객관적 사실인가 주관적 의사인가: 2년을 초과하는 기간제 근로계약을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주할 때의 판단기준과 관련하여	245

• 차별 시정 사건에서 불리한 처우와 합리적 이유 판단의 기준	249
• 계열사 간 진출도 근로자과건이 될 수 있다	254
• 갱신기대권과 갱신 거절의 합리성	258
• 도급제 임금에서 시간급 통상임금 계산방법	262
■ 사회보장, 노동시장	268
• 도급사업주 사업장에서의 수급사업주의 안전보건조치의무	268
• 산업안전보건법상 안전보건조치의무의 장소적 범위	275
• 태아의 선천성 질환과 근로자의 업무상 재해	281
• 근로자재해보상보험과 산업재해보상보험 사이의 구상관계 인정 여부	286
• 산재유족 특별채용 단체협약 조항의 적법성	290
• 육아휴직급여 요건 중 30일 이상 육아휴직 사용의 해석	297
• 불법고용과 업무상 재해: 단속 중 사망한 미등록 이주노동자의 산재보험 수급권	301
• 요양 도중 새로운 상병 발생 시 업무상 재해 인정	310
• 업무상 스트레스 자살의 업무상 재해 인정	314
• 업무상 질병의 직접적인 증명이 어려운 경우의 인정기준	319
• 이중으로 고용된 장애인 근로자에 대한 법적 취급	324
■ 〈부록〉 노동판례리뷰 2020 목록(주제별)	327

노동법의 적용

선거운동원에게는 최저임금법이 적용되지 않는다

- 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도12765 판결 -

【판결요지】

공직선거법 제230조 제1항, 제135조, 제62조 제1항, 제2항은 같은 법의 규정에 의하여 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목여하를 불문하고 누구든지 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시 하거나 그 제공의 약속·지시·권유·알선·요구 또는 수령하는 행위를 처벌의 대상으로 삼고 있다. 공직선거법 제135조 제2항에 따르면 선거사무관계자에 대하여 수당과 실비를 지급할 수 있는 경우에도 그 종류와 금액은 중앙선거관리위원회가 정한 범위 내에서만 가능하다. 이러한 규정들을 둔 이유는 선거운동과 관련하여 이익제공행위를 허용하면 과도한 선거운동으로 금권선거를 방지하기 힘들고, 선거운동원 등에게 이익이 제공되면 선거운동원들도 이익을 목적으로 선거운동을 하게 되어 과열선거운동이 행하여지고 종국적으로는 공명선거를 행하기 어렵게 되기 때문이다 (대법원 2005. 1. 27. 선고 2004도7511 판결 등 참조). 이와 같은 공직선거법의 규정내용과 취지 등에 비추어 보면, 공직선거법에서 선거운동과 관련하여 수당 또는 실비를 보상할 수 있는 경우에도 중앙선거관리위원회가 사회·경제적 상황에 따라 선거의 공정을 해하지 않는 범위 내에서 정한 종류와 금액이 적용되어야 하고, 입법목적과 규율대상이 다른 최저임금법은 적용된다고 보기 어렵다.

바야흐로 선거의 계절이 다시 돌아왔다. 2020. 4. 15. 총선(제21대 국회의원 선거)이 채 두 달도 남지 않은 상황에서 선거 관련 이슈가 계속해서 등장하고 있다. 대상판결은 선거운동원에게는 「최저임금법」(이하, 최저임금법)이 적용되지 않는다는 취지의 최초 대법원 판단으로 보인다.

사건의 사실관계를 살펴보면, 이○○ 고성군수는 지난 2018. 6. 13. 지방선거에서 자신의 선거사무소 선거운동원들이 「공직선거법」(이하, 공직선거법)에 규정된 수당 외에 추가수당을 요구하자, 평소 친분이 있던 한 건설업자에게 연락해 현금을 받아 선거운동원 17명에게 각 50만 원씩 총 850만 원을 지급하여 공직선거법 위반 혐의로 기소됐다. 이에 이○○ 고성군수는 최저임금법을 적용한다면 선거운동원들에게 추가수당을 준 것은 공직선거법 위반이 아니라고 주장하였다.

대상판결의 쟁점은 선거운동원에게도 최저임금법이 적용되는지 여부였다. 선거운동원에게도 최저임금법이 적용될 경우 이○○ 군수가 선거운동원들에게 공직선거법에 규정된 수당 외에 추가수당을 지급한 것은 무죄가 된다.

거액의 자금을 사용하여 선거에서 당선을 노리거나, 정치과정에서 돈, 자본의 힘을 이용하여 정치적 영향력을 행사하는 금권정치는 민의를 왜곡하고 소수의 사익을 사회 구성원 다수의 이익보다 우선시하게 되어 그 폐해가 막대하다 할 것이다. 기본적으로 정치의 사회 구성원 다수의 이해관계를 좌우하는 공적인 의사결정과정이기 때문에 선거과정에서 소요되는 정치자금 또한 민주적으로 통제되어야만 한다.

공직선거법에서 선거사무원 등의 실비 지급 취지는 불공정 타락 선거를 방지하는 것이다. 선거운동과 관련하여 이익제공행위를 허용하면 과도한 선거운동으로 금권선거를 방지하기 힘들고, 선거운동원들에게 이익이 제공되면 선거운동원들도 이익을 목적으로 선거운동을 하게 되어 과열선거운동이 행하여지고 종국적으로는 공명선거를 행하기 어렵게 되기 때문이다. 공직선거법은 이 법의 규정에 의하여 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목여하를 불문하고 누구든지 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공의 약속·지시·권유·알선·요구 또는 수령하는 행위를 처벌의 대상으로 삼고 있다(공직선거법 제135조).

정당과 선거 후보자는 선거운동 및 선거에 관한 사무를 처리하기 위해 선

거사무관계자를 선임할 수 있고, 선거사무관계자는 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원 및 활동보조인을 말한다(공직선거법 제62조). 우리가 선거유세 현장에서 흔히 마주치는 선거운동원들은 선거사무원 및 활동보조인인데, 선거운동원에게 수당과 실비를 지급할 수 있는 경우에도 그 종류와 금액은 중앙선거관리위원회가 정한 범위 내에서만 가능하다. 중앙선거관리위원회가 공직선거관리규칙 제59조로 정한 선거사무원 및 활동보조인의 수당과 실비(일비, 식비)는 3만 원 이내의 수당, 일비 2만 원, 식비 2만 원이다.

그런데 선거운동원이 정치적 성향에 따른 자발적인 자원자 내지 봉사자라면 문제가 없겠으나, 그들은 선거사무장 또는 선거연락소장의 지시를 받으면서 출퇴근 시간에 유권자의 통근통행이 많은 길거리에 나와 울동을 하거나 구호를 외치면서 홍보활동을 함께 하고, 선거운동 대부분이 이른 아침부터 늦은 저녁 시간까지 8시간 이상 진행되고 있는 실정이다. 대법원은 “국회의원 입후보자가 선거활동을 하기 위하여 일정한 장소에서 선거사무소를 두고, 사람을 일급제로 고용하여 자신의 지휘·감독하에 선거홍보를 하게 하면서 일정기간(13일) 동안 계속해서 운영하여 온 경우, 위 선거사무소는 적어도 그 범위 내에서는 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제10조에서 정한 사업장에 해당한다고 봄이 상당하고, 선거사무소에서 선임되어 관할 선거관리위원회에 신고를 마친 선거사무원이라고 하더라도 선거후보자에게서 일급제로 금원을 지급받기로 약정하고 선거후보자의 지시·감독을 받아 소정의 근로를 제공하였을 경우 근로기준법상의 근로자에 해당한다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005도9218 판결). 자원자 내지 봉사자라는 명목으로 근로기준법을 회피할 수는 없고, 그 실태에 따라 선거운동원이 근로기준법상 근로자에 해당할 수도 있다.

그러나 우리 「헌법」(이하, 헌법) 제116조 제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”, 제2항은 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.”라고 규정하여 선거공영제를 선거운동의 기본원칙으로 하고 있다. 우리나라는 선거운동의 과열과 금권선거를 방지하고, 후보자 간의 경제력 차이에 따른 선거운동 기회의 불균등을 완화하며, 선거비용의 과다사용으로 발생할 수 있는 물가상승 등 부작용을 최소화하기 위하여 선거관리위원회가 선거 때마다 산정·공고한 범위

이내에서 선거비용을 사용하도록 제한하고 있다. 국가 또는 지방자치단체(지방선거에 한함)가 보전하는 금액은 선거비용제한액으로 공고된 비용의 범위 안에서 선거비용의 수입과 지출보고서에 보고된 선거비용으로서 정당하게 지출한 것으로 인정되는 선거비용에 한하며, 선거 후보자의 청구를 받아 일정한 조건을 충족하면 선거일 후 보전하여 준다.

선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하기 위해서는 선거 후보자는 선거운동원을 근로자로 채용해서는 안 되고, 선거운동원 또한 임금을 목적으로 선거운동을 해서는 안 된다. 만약 선거운동원을 근로자로 고용해 종속적 관계에서 선거운동을 시킨다면 이는 결과적으로 금권정치를 용인하여 과열선거운동이 행하여지고 공명선거를 위협할 수 있다는 측면에서 받아들이기 어렵다. 민주주의를 지키고 금권정치를 막기 위해 선거운동의 경우 공직선거법이 적용되어야 하고, 선거운동원에게는 중앙선거관리위원회가 정한 수당과 실비(일비, 식비) 이상을 지급할 수는 없다고 보아야 할 것이며, 최저임금법이 적용되지 않는 선거운동원을 근로자로 볼 수는 없다 할 것이다. 따라서 “공직선거법에서 선거운동과 관련하여 수당 또는 실비를 보상하는 경우에 최저임금법이 적용된다고 보기 어렵다.”는 대법판결은 헌법 및 공직선거법의 규정내용과 취지, 입법목적과 규율대상 등에 비추어 보면 타당하다고 판단된다.

다만, 공직선거관리규칙이 제정된 이후 선거사무원 등에 대한 수당이 상당기간 그대로 유지되고 있어 수당을 현실화할 필요는 있겠다. 제20대 국회에서 선거사무원 수당 현실화를 위해 공직선거법 일부개정법률안이 발의된 바 있으나, 제20대 국회 회기가 얼마 남지 않은 상황을 고려한다면 개정안이 통과되는 것은 사실상 어려울 것으로 예상되고, 4. 15. 총선 이후 제21대 국회에서 개선이 이루어지길 기대해 본다.

권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

근로기준법 제63조의 적용단위

- 대법원 2020. 2. 6. 선고 2018다241083 판결 -

【판결요지】

근로기준법 제63조 제1호는 ‘토지의 경작·개간, 식물의 재식·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업’에 종사하는 근로자에 대하여 근로기준법 제4장, 제5장에 정한 근로시간 및 휴게와 휴일에 관한 규정을 적용하지 않는다고 규정하고 있다. 위 규정의 취지는 사업의 성질 또는 업무의 특수성으로 인하여 근로기준법에서 정한 근로시간·휴게·휴일에 관한 규정을 적용하는 것이 오히려 불합리한 경우에 대비한 것이므로, 여기에서 말하는 ‘그 밖의 농림 사업’은 같은 호에 규정된 ‘토지의 경작·개간, 식물의 재식·재배·채취 사업’과 유사한 사업으로서 제1차 산업인 농업·임업 및 이와 직접 관련된 사업을 의미한다고 보아야 한다. 만약 사용자가 농업·임업을 주된 사업으로 영위하면서 이와 구별되는 다른 사업도 함께 영위하는 경우라면, 그 사업장소가 주된 사업장소와 분리되어 있는지, 근로자에 대한 지휘·감독이 주된 사업과 분리되어 이루어지는지, 각각의 사업이 이루어지는 방식 등을 종합적으로 고려하여 그 사업이 ‘그 밖의 농림 사업’에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다.

근로기준법(이하, 근기법) 제63조는 동법 제4장과 제5장의 근로시간, 휴게, 휴일에 관한 규정의 ‘적용 제외’ 대상을 규정하고 있다. 따라서 근기법 제63조 제1호의 ‘그 밖의 농림(農林) 사업’에 근무하는 근로자에게는 근기법상의 주휴일이나 연장·휴일근로의 규정 등이 적용되지 않는다. 대상판결은, 부산광역시 산림조합(피고)이 영위하는 ‘건설현장’에서 근무하던 근로자들(원고)이 주휴수당·연장근로수당·휴일근로수당을 피고에게 청구한 사안이다. 원고들이 근기법 제63조 제1호의 ‘농림 사업’에 근무하는 근로자인지가 쟁점이다.

피고는 산림조합법에 따라 부산광역시에 설립된 지역산림조합으로서, 국가 또는 지방자치단체로부터 영림(營林) 또는 건설 사업을 수주하여 계약을 체결하고, 그에 따라 영림 또는 건설 현장에서 근무할 일용직 근로자를 모

집·고용하여 경영지도와 직원들이 현장에 출장하여 일용직 근로자의 관리 및 공사의 관리·감독 업무를 수행하고 있다. 원고들은 피고와 일용직 근로 계약을 체결하고 1년 내지 8년간 피고의 ‘건설현장’에서 임도보강, 등산로정비, 재해예방, 사방작업 등의 일용근로를 제공하고 퇴직하였다.

원고들은, 피고가 ‘영림현장’과 ‘건설현장’을 구분하여 인력을 관리하고 있고, 건설현장에 근무하는 자신들은 건설업 근로자로서 근기법 제63조가 적용되지 않으므로, 피고는 주휴수당·연장근로수당·휴일근로수당을 지급해야 한다고 주장하였다.

원심판결(부산지방법원 2018. 5. 23. 선고 2017나51495 판결)은 피고의 주된 사업은 ‘임업’이고,¹⁾ 원고들의 근로는 외형적으로 건설현장의 근로와 크게 다르지 않으나 원고들이 참여한 공사는 산림의 기능을 유지·발전 또는 회복시키기 위한 것으로 일반적인 영리 목적의 건설사업과는 차이가 있으므로, 원고들이 근로를 제공한 피고의 사업은 근기법 제63조 제1호의 ‘그 밖의 농림 사업’에 해당한다고 보아, 원고들의 제 수당 청구를 기각하였다.

그러나 대상판결은 피고의 주된 사업은 ‘임업’이라고 보면서도, 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기하였다. 대상판결은 “사용자가 농업·임업을 주된 사업으로 영위하면서 이와 구별되는 다른 사업도 함께 영위하는 경우라면, 그 사업장소가 주된 사업장소와 분리되어 있는지, 근로자에 대한 지휘·감독이 주된 사업과 분리되어 이루어지는지, 각각의 사업이 이루어지는 방식 등을 종합적으로 고려하여 그 사업이 ‘그 밖의 농림 사업’에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다.”는 법리를 제시하면서, 원고들이 근로를 제공한 사업은 ‘그 밖의 농림 사업’에 해당하지 않는다고 판단하였다.

구체적으로 대상판결은, 원고들이 근무한 건설현장은 피고의 주된 사업인 영림 사업장과 장소적으로 분리되어 있고, 피고는 건설현장에 연중 상시적으로 원고들과 같은 일용직 근로자를 투입한 반면 영림 사업장에는 기후의 영향을 고려하여 특정 기간에만 근로자를 투입하였고, 이에 따라 건설현장과 영림 사업장에 투입된 인력을 별도로 관리하였으므로, 피고가 건설현장에서 영위하는 사업은 피고의 주된 사업인 임업과 구별된다고 판단한 것이

1) 원심판결은 “피고의 상근직원 중 70%에 가까운 다수가 ‘영림 관련 서비스업’에 종사하고 있고, 일용직 근로자를 포함하더라도 약 58%에 해당하는 근로자가 ‘영림 관련 서비스업’에 종사하고 있으므로, 피고의 주된 사업은 임업으로 보아야 한다.”고 판단하였다.

다. 즉, 복수의 사업부문 간에 ① 장소적 분리 여부, ② 근로자에 대한 지휘 감독의 분리 여부, ③ 각각의 사업 운영 방식 등을 종합적으로 고려하여 판단하였다.

근기법 제63조는 적용 제외 대상을 크게 ‘사업’(제1호 및 제2호)과 ‘근로자’(제3호 및 제4호)로 구분하고 있는데,²⁾ 여기서의 적용 제외 ‘사업’을 어떻게 판단할지에 관한 기준을 제시했다는 점에서 대상판결은 의미가 있다. 즉, 어떤 기업이 복수의 사업부문(업종)을 영위하는 경우, 근기법 제63조의 적용 여부를 기업 전체로 판단할지 아니면 그 기업의 일부 사업부문으로 판단할지에 관한 기준을 제시한 것이다.

노동관계법령상 ‘사업’이라는 용어는 자주 등장하는데, 그 첫 번째 등장은 근기법 제11조(적용범위)이다. 동조 제1항 본문은 “이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다.”라고 규정하고 있다. 근기법의 기본적인 적용단위로서의 ‘사업’이다(‘사업장’에 대해서는 논외로 한다). 또한 2018년 근로시간 개정법(이른바 ‘1주 최대 52시간 제한법’)처럼 사업의 규모(상시근로자 300인 이상, 50인 이상 등)에 따라 시행일을 단계적으로 정하는 경우가 있는데, 이 경우 상시근로자 수를 산정하는 단위 또한 사업이다.

판례는 사업이란 “특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체”로 파악하고 있다.³⁾ 이에 따르면 사업이란 기본적으로 기업체 그 자체를 의미한다. 여기에 비영리 기업이 포함됨은 물론이다. 그리고 법인기업인 경우에는 법인이 곧 하나의 사업이 된다.

대상판결에 따라 근기법 제11조의 사업과 제63조의 사업은 다른 의미라는 것이 확인되었다. 대상판결은 근기법 제63조의 사업에 대하여 기업체(부산시

2) 제63조(적용의 제외) 이 장과 제5장에서 정한 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다.
 1. 토지의 경작·개간, 식물의 재식(栽植)·재배·채취 사업, 그 밖의 농림 사업
 2. 동물의 사육, 수산 동식물의 채포(採捕)·양식 사업, 그 밖의 축산, 양잠, 수산 사업
 3. 감시(監視) 또는 단속적(斷續的)으로 근로에 종사하는 사람으로서 사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 사람
 4. 대통령령으로 정하는 업무에 종사하는 근로자

3) 대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결; 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다18365 판결. 동판결은 구 근기법 제34조 제2항의 “퇴직금제도를 설정함에 있어서 하나의 사업 내에 차등제도를 두어서는 아니 된다.”는 규정에서의 ‘사업’의 의미에 대한 판시이다.

산림조합) 그 자체가 아니라, 그 기업체 내의 각 사업부문별로 판단하였다. 즉, 피고 회사 내에서 영림현장과 건설현장을 구분하고, 전자는 근기법 제63조가 적용되나 후자는 적용되지 않는다고 판단했다. 즉, 하나의 기업체 내에 복수의 업종이 있으면, 각각의 업종이 근기법 제63조의 적용단위가 된다. 근기법 제63조는 법의 적용 제외 규정으로서 제한적 해석이 요구되므로, 대상 판결처럼 그 적용단위를 업종별로 구분해서 판단하는 것이 타당하다.

그렇다면 근기법 제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례)의 적용단위는 어떻게 되는가? 동조는 근로자대표와의 서면합의로 1주 12시간을 초과하여 연장근로를 할 수 있는 특례규정으로서, 흔히 ‘특례업종 연장근로’라고 한다. 그러나 법문상 동조의 적용단위는 ‘사업’(“다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업”)이므로, ‘특례사업 연장근로’가 더 적절한 용어일 수 있다.

하나의 기업체에 복수의 업종이 있는 경우, 예컨대 A사의 일부는 화물운송업(특례업종), 다른 일부는 도매업(비특례업종)인 경우에 근기법 제59조는 어떻게 적용되어야 하나? 대상판결의 사안처럼 각 업종별로 따로 적용되어야 하나? 이에 대해 고용노동부는 주된 업종에 따라 ‘기업체 전체’로 적용되어야 한다는 입장이다. A사의 주된 업종이 화물운송업이면 A사 전체가 특례사업이 되는 것이고, 도매업이 주된 업종이면 A사 전체가 비특례사업이 된다. 그리고 주된 업종 여부는 근로자 분포, 매출액, 사업목적 등을 고려하여 판단한다.⁴⁾

고용노동부의 입장이 타당한지는 별론으로 하고, 근기법 제59조와 제63조의 적용단위는 법문상으로는 동일하게 ‘사업’이나, 그 사업의 의미는 법규정마다 달라진다. 기업체 그 자체일 수도 있고, 기업체 내의 일부 업종(또는 사업부문)일 수도 있다.⁵⁾ 노동법상 사업의 의미는 다의적(多義的)이라는 것을 대상판결을 통해 한 번 더 확인하게 되었다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

4) 고용노동부, 「근로시간 단축 가이드」, 2018. 6, p.48.

5) 기업체 일부를 하나의 사업으로 본 다른 판결에 대해서는 방강수, 「계열사 간 진출도 근로자관건이 될 수 있다」, 『노동리뷰』 제180호, 한국노동연구원, 2020. 3, pp.112~115를 참조하였다.

강행법규 위반인 사무장 병원의 사용자 찾기

- 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다263519 판결 -

【판결요지】

의료인이 아닌 사람이 월급을 지급하기로 하고 의료인을 고용해 그 명의를 이용하여 개설한 의료기관인 이른바 ‘사무장 병원’에 있어서 비록 의료인 명의로 근로자와 근로계약이 체결되었다더라도 의료인 아닌 사람과 근로자 사이에 실질적인 근로관계가 성립할 경우에는 의료인 아닌 사람이 근로자에 대하여 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담한다고 보아야 한다. 이는 이른바 사무장 병원의 운영 및 손익 등이 의료인 아닌 사람에게 귀속되도록 하는 내용의 의료인과 의료인 아닌 사람 사이의 약정이 강행법규인 의료법 제33조 제2항 위반으로 무효가 된다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

피고A는 자신의 처 명의로 건물을 매수 후 이 건물에 의료시설을 갖추고, 평소 알고 지내던 의사 B에게 월급을 지급하기로 하고, B의 명의로 의료기관을 개설하여 2014. 9. 27.부터 2015. 8. 28.까지 C 병원을 운영하였다. 구체적으로 A는 C 병원의 총괄이사라는 이름으로 활동하였고, C 병원의 수입·지출 계좌 통장과 B의 인장을 소지하면서 위 계좌로 입금된 보험 급여 등 병원 수익금을 사용하여 병원의 물적 설비를 구입하고, 인력관리를 위해 노무법인과 고문계약을 체결하는 등 병원을 실질적으로 운영하였다.

원고 D 등은 B를 사용자로 하여 근로계약서를 작성하였지만, 실제로는 A가 원고 D 등을 비롯한 C 병원의 직원들을 채용하였고, 업무수행 과정에서 직원들을 구체적이고 직접적으로 지휘·감독하였으며, 직원들에게 급여를 지급하고 B에게도 매월 약정된 급여를 지급하였다. 그러나 병원 사정이 어려워져 임금이 체불되고 병원이 폐업한 이후 해직된 원고 D 등에게 퇴직금이 지급되지 않자, 원고 D 등은 A를 상대로 실질적 사용자로서 체불된 임금과 퇴직금을 지급할 의무가 있다면 소를 제기하였다.



제1심인 지방법원 단독심은 의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설 신고를 하고, 의료기관의 운영 및 손익 등이 그 일반인에게 귀속되도록 하는 이른바 ‘사무장 병원’은 강행 법규인 의료법 제33조 제2항에 위반되어 무효이고, 무효인 약정으로 인해 상호 실질적으로 취득하게 된 이득은 부당 이득으로 반환되는 문제만 남게 된다고 판시하였다. 그러므로 의료기관 운영과 관련하여 얻은 이익이나 취득한 재산, 부담하게 된 채무 등은 모두 의사 개인에게 귀속된다는 것이다. 따라서 C병원의 개설 및 운영을 위하여 B 명의로 원고 D 등과 체결한 근로계약에 따른 임금채무 또한 모두 의사인 B 개인에게 귀속된다는 것이다. 원심인 지방법원 합의심 또한 제1심 판결의 일부를 고쳐 쓰는 것 외에 이를 그대로 인용하여 원고 패소 판결을 내렸다.

그러나 대법원의 판단은 달랐다. 대법원은 “근로기준법상 근로에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용과 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 한다.”는 기존 판결례를 확인한 다음, 사무장 병원에 있어서 비록 의료인 명의로 근로자와 근로계약이 체결되었더라도, “의료인 아닌 사람과 근로자 사이에 실질적인 근로관계가 성립할 경우에는 의료인 아닌 사람이 근로자에 대하여 임금 및 퇴직금 지급의무를 부담하여야 한다.”고 판시하였다. 이는 사무장 병원이 의료법 제33조 제2항의 강행법규 위반이더라도 마찬가지라고 하였다.

대법원은 이러한 법리 아래 사실관계를 포섭하여 형식적으로는 원고 근로자들이 의사 B와 근로계약을 체결했지만, 피고 A가 사무장으로 C 병원을 실질적으로 운영하면서 원고 근로자들을 직접 채용하고, 업무와 관련하여 구체적이고 직접적으로 지휘·감독하면서 직접 급여를 지급한 사정을 감안하면, 원고인 근로자들과 피고인 사무장 사이에 실질적인 근로관계가 성립되었다고 봄이 타당하다고 판시하였다.

원심과 대법원의 견해가 갈라지게 된 이유는 바로 임금채권의 성격을 민법상의 일반채권과 같은 것으로 보는지 아닌지이다. 사무장 병원 계약은 강

행법규인 의료법 제33조 제2항 위반으로 무효가 되고 명의를 빌려준 의사와 명의를 대여한 사무장 사이에는 부당이득반환에 대한 정산이 있을지언정 병원의 채권과 채무의 당사자는 명의를 빌려준 의사가 된다. 만일 여기서 임금채권을 민법상의 일반채권으로 본다면 원심의 판단대로 임금채권의 채무자는 명의를 빌려준 의사이다. 그러나 대법원은 그렇게 보지 않은 듯하다. 즉, 임금채권이란 근로자와 사용자 사이의 채무 관계인데, 사용자란 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 따라서 명목상의 사용자인 의사 B가 아닌 사무장인 A가 피고 근로자들의 실질적 사용자라는 것이다. 이는 임금채권의 당사자는 민법상의 법리가 아닌 노동법 고유의 영역에서 살펴되어야 한다는 것으로 풀이된다. 따라서 사무장 병원이 의료법상의 강행법규 위반이더라도 임금채권의 성격이 변화하는 것이 아닌 이상 임금채권의 당사자는 실질적 사용자인 사무장과 근로자들이라고 본 대법원의 판단은 타당하다.

쟁점이 되지 않아 법원에서 다루지는 않았지만, 이 사안에서 교과서적으로 살펴볼 것이 또 하나 있다. 바로 위법한 사업(장)도 근로기준법의 적용 대상이 되는가이다. 허가를 받지 않거나 법률상 금지된 사업(예: 불법 휘발유 주유소)도 행정적으로 관련 법에 따라 규제를 받는 것 외에 근로기준법의 적용을 받는가를 따져볼 필요가 있다. 일반적으로 형사상 범죄를 구성하는 사업의 경우 근로자라 하더라도 공동정범이나 종범이 되지만, 행정상의 법규 위반이라면 근로자에게 근로기준법이 적용되는 것으로 인정된다. 따라서 본 사안의 경우 의료법 위반이라는 강행규정 위반은 의료인과 의료인 아닌자와의 약정의 문제이고, 실질적인 근로관계를 형성한 사무장과 근로자들 사이에는 근로기준법이 적용된다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

불법취업 외국인을 파견받아 사용한 행위가 「출입국관리법」상 고용인지 여부

- 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 판결 -

【판결요지】

법률 규정의 문언, 형벌법규의 해석 법리, 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법)의 규율 내용 등에 비추어 보면, 출입국관리법 제94조 제9호, 제18조 제3항의 ‘고용’의 의미도 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 외국인으로부터 노무를 제공받고 이에 대하여 보수를 지급하는 행위를 말한다고 봄이 타당하다. 따라서 사용자업주가 근로자파견 계약 또는 이에 준하는 계약을 체결하고 파견사업주로부터 그에게 고용된 외국인을 파견받아 자신을 위한 근로에 종사하게 하였다고 하더라도 이를 출입국관리법 제94조 제9호, 제18조 제3항이 금지하는 고용이라고 볼 수 없다.

우리나라에 외국인 유입이 증가하고 있고 사회, 경제, 정치 등 여러 분야에 영향을 미친다는 점에서 외국인에 관해서 관심을 가지고 바라보지 않을 수 없다. 특히 외국인 노동은 우리나라의 노동시장에 많은 영향을 미칠 수 있기 때문에 주의해서 바라보아야 한다. 첫째, 외국인근로자는 노동시장 전체에서 차지하는 비중이 높지 않다고 할지라도, 노동공급의 한계비용을 하락시키므로 업종에 따라서는 그 업종 전체의 임금 기타 근로조건을 경쟁적으로 하락시키는 방향으로 악영향을 미칠 수 있고, 둘째, 외국인근로자의 대부분은 소위 3D 업종 기타 서비스업종에 취업하고 있어서 이들이 우리나라 노동시장 구조에서 차지하고 있는 비중이나 중요성은 단순히 수치적인 것으로 평가해서는 곤란할 정도에 이르렀고, 셋째, 대기업-중소기업의 이중구조, 중소기업 일자리의 열악한 상태 등 이중화된 노동시장의 왜곡된 구조에서 외국인근로자가 저임금의 열악한 일자리 구조의 대부분을 떠받치고 있기 때문이다.¹⁾

이처럼 외국인 노동이 가지는 중요성 때문에 외국인에 대해 법적 관점에

서 접근을 하지 않을 수 없다. 기본적으로 외국인에게는 타국에 대한 입국의 자유가 인정되지 않는다는 점이 전통적으로 받아들여져 왔다. 왜냐하면, 국가는 영토주권에 기하여 스스로 바람직하지 않다고 생각하는 외국인의 입국을 금지할 수 있는 광범위한 재량권을 가진다고 보기 때문이다. 즉, ‘모든 국가에게는, 외국인의 입국이 해당국에 명백한 위협이나 분명한 해악을 끼치는 경우, 해당 외국인의 입국을 거부할 권리가 있다. 자신의 안전을 스스로 살피야 한다는, 국가 스스로가 자신에 대하여 지고 있는 이러한 의무 때문에 이러한 권리가 생긴다.’²⁾ 이런 관점에서 각국의 출입국관리법제는 다양한 입국금지사유들을 규정하고 있고 외국인의 입국 및 활동에 대해 다양하게 규제를 하고 있다. 우리나라의 경우에도, 외국인이 적법하게 입국하려면 입국금지사유가 없어야 하고 경우에 따라서는 추가적으로 사증발급 기타 입국허가와 함께 체류허가도 받아야 한다. 또한 체류허가를 받는 경우에도 체류자격의 종류에 따른 체류기간 및 활동의 제약을 받는다. 당연히 취업 기타 경제활동을 하기 위해서는 그에 맞는 체류자격을 갖추어야 하고 그러한 활동도 체류자격에서 인정하는 기간 동안만 가능하다.³⁾ 외국인 노동도, 이러한 관점에서, 자유롭게 방임되고 있지 않고 규제되고 있다.

물론 우리 헌법에서 외국인의 지위에 대해서는 ‘국제법과 조약이 정하는 바에 의한다.’라고만 규정하고 있다는 점을 고려하지 않을 수 없다(「헌법」 제6조 제2항). 비록 「헌법」(이하, 헌법) 제6조 제2항은 ‘법적 지위’가 아니라 ‘지위’라는 불확정개념을 사용하고 있지만, 이는 국제법과 조약이 정하는 바에 의해 보장되는 것이므로 법적 성격을 가질 수밖에 없을 것이다. 그리고 ‘지위’는 보장의 대상이므로 ‘지위’의 내용은 ‘의무’나 ‘반사적 이익’은 될 수 없을 것이며, 국제법과 조약이 인정하는 한도에서 우리나라 법이 수용할 수 있는 권리일 것이다. 다만 외국인에게 국제법과 조약이 인정하는 한도에서

1) 이 단락은 노호창, 『외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점』, 『노동법학』 제 70호, 한국노동법학회, 2019. 6, p.181에서 인용하였다.

2) Monsieur de Vattel, *The Law of Nations*, 6th American Ed., T. & J. W. Johnson Law Booksellers, 1844, B. 1, C. 19, § 230.

3) 체류자격은 외국인이 국내에서 체재하면서 일정한 활동을 수행할 수 있는 법적 지위를 유형화한 것인데, 출입국관련 법령에서는 체류자격의 개념을 직접 규정하고 있지는 않고 체류자격의 유형만을 규정하고 있을 뿐이다. 체류자격의 개념에 관한 상세한 내용은 노호창, 「체류자격의 규정방식에 관한 검토」, 『행정법연구』 제54호, 행정법이론실무학회, 2018. 8, p.246을 참조하였다.

어떤 권리가 헌법을 매개로 인정된다고 해서 그 모두가 해당 외국인의 기본권으로서의 성격을 가진다고 볼 수 있을지는 의문이며, 사안에 따라 기본권으로서의 성격이 있는 것인지 아니면 기본권까지는 아니고 권리 정도에 머무는 것인지 개별적인 판단이 필요할 것이라 생각한다.⁴⁾ 「출입국관리법」(이하, 출입국관리법)이나 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하, 외국인고용법) 등은 그런 관점에서 외국인 법제의 중요한 축이 된다.

출입국관리법은 외국인이 우리나라에서 취업하려면 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 요구하고 있고 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 아니한 사람에 대해서는 고용을 금지하며 이에 위반하여 체류자격을 가지지 아니한 외국인을 ‘고용’한 자를 처벌한다(출입국관리법 제18조, 제94조 제9호). 또한 출입국관리법을 위반하여 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 아니하고 불법취업한 외국인 역시 처벌의 대상이 되고(출입국관리법 제94조 제8호) 강제퇴거의 대상이 된다(출입국관리법 제46조 제1항 제8호). 다만 대법원은 일찍부터 취업자격 없는 외국인이 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하였다 해도 그것만으로 그 근로계약이 당연히 무효라고는 할 수 없다고 하여,⁵⁾ 그가 기왕에 수행한 노동에 대한 보호는 인정해왔다.

대상판결의 사안에서는, 피고인(사용사업주)이 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 외국인을 근로자파견계약 또는 이에 준하는 계약을 체결하고 파견받아 사용한 것이 문제되었다. 검찰에서는 피고인의 이러한 사용행위를 취업자격 없는 외국인을 ‘고용’한 것으로 보아 기소했던 것이다.

대상판결은, 출입국관리법에서 말하는 고용의 의미에 대해 「민법」상의 고용⁶⁾ 개념을 전제로 하여, 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법)은 근로자파견계약에 따라 파견근로자를 사용하는 자를 사용사업주라고 정의하고(파견법 제2조 제4호) 「근로기준법」과 「산업안전보건법」 중 일부 규정을 적용할 때에는 사용사업주를 사용자로 본다⁷⁾고 정하고 있으나(파견법

4) 이 단락은 노호창, 「외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점」, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, 2019. 6, p.195에서 인용하였다.

5) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결.

6) 「민법」 제655조(고용의 의의) 고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

제34조, 제35조), 출입국관리법 적용에 관해서는 그와 같은 규정을 두고 있지 않다는 점에 주목하여, 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지 원칙에 따라 피고인에게 불리한 방향으로 해석하지 않고자, 피고인이 적법하게 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 외국인들을 인력파견업체로부터 파견받아 사용하였음에도, 이는 출입국관리법이 말하는 ‘고용’이 아니고 또한 출입국관리법 제94조 제9호가 처벌하는 ‘고용한 사람’에 근로자를 파견받아 사용한 사용사업주까지 포함한다고 보기는 어렵다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 제1심 및 원심을 유지하였다. 대법판결은, 출입국관리법에서 규제하는 외국인 고용은 사용과는 구별되는 개념이라는 유권해석을 제시한 최초의 판결이라는 점에서 매우 주목할 만하다.

한편, 대법판결에서 본격적으로 논의한 바는 없으나, 만약 출입국관리법에서 사용사업주가 근로자를 파견받아 사용하는 것을 명시적 규정없이 ‘고용’으로 간주하여 벌칙을 적용하게 되면, 파견법이나 외국인고용법과의 관계에서 파열음이 발생할 수 있을 것으로 보인다. 왜냐하면, 처벌법규에서 명시적 규정없이 사용을 고용으로 간주하는 확장해석이 허용된다면 처벌법규보다 약한 강도의 규제법규에서도 법령 간의 정합성 관계상 동일한 해석을 적용하지 않는 것이 어렵게 될 텐데, 파견법이 근로자파견에 대해 규율하고 있으면서 외국인을 배제한다는 내용이 없다는 점에서 다음과 같은 불협화음이 생기기 때문이다.

파견법이 외국인에 대한 배제를 명시하지 않고 있으므로, 다소 비약일 수 있을지는 모르겠으나, 외국인을 파견받아 사용하는 것도 ‘고용’이라고 의제하게 되면, 적법한 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 갖춘 외국인 근로자를 파견받아 사용하는 것에 대해서 고용이라고 볼 수 있게 되므로 이는 사업장 이동⁷⁾ 제한 위반, 고용허가⁸⁾ 상대방 불일치 초래 등 외국인고용법과의 충돌 문제가 발생하게 된다. 따라서 사용사업주가 외국인을 파견받아 사용하는 것을 ‘고용’이라고 해석하는 것은 적절치 않다. 더욱이 적법한 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 갖춘 외국인근로자를 파견받아 사용하더라도 그 대

7) 외국인고용법상 사업장이동은 특정한 사유 발생 시 외국인 근로자가 직업안정기관의 장에게 신청을 하여 허가를 받아야 하는 사항이다(외국인고용법 제25조 참조).
 8) 외국인고용법상 고용허가는 내국인 채용을 위해서 노력하였으나 할 수 없었던 사업주가 직업안정기관의 장에게 신청하여 허가받는 것이다(외국인고용법 제6조, 제8조 참조).



상업무나 파견기간을 위반하게 되면 사용사업주가 고용의무를 지게 되는데, 이런 경우 취업활동 영역과 체류자격의 불일치가 발생하게 될 수도 있어 역으로 출입국관리법과의 충돌문제도 발생하게 된다. 또한 외국인고용법상 고용허가제를 통해 합법적으로 외국인근로자를 고용한 사업주가 무허가로 자신의 외국인근로자를 다른 사업주에게 파견하는 경우에도 파견법에 따라 사용사업주에게 고용의무가 생기는 것으로 보게 되면 고용허가의 상대방 불일치, 사업장이동 제한 위반 등 문제가 발생하게 되어 외국인고용법과 저촉되는 상황이 발생하게 된다. 이러한 점들을 고려하면 파견법은 외국인의 사용에는 적용되지 않는다고 보아야 하는 것은 아닌지 의문이 든다. 특히 체류 또는 취업이 불법인 외국인, 소위 불법체류⁹⁾ 외국인이 파견사업주에 고용되어 사용사업주에 파견되어 사용되는 경우에 파견법이 업무와 기간을 규제하기 때문에 사용사업주가 업무와 기간을 위반한 경우 파견법상 고용의무가 생기는 것으로 해석해야 하게 되는데, 외국인고용법이 적용될 수도 없고 출입국관리법상 처벌 및 퇴거 의무가 있는 불법체류 외국인을 사용사업주가 고용해야 한다는 기이한 결과로 이어지므로, 외국인은 애초에 파견법상 파견 대상이 아니라고 보는 것이 타당할 것 같기도 하다. 유권적 해석이 필요한 지점이라고 본다.

어쩌면 외국인 근로자 파견에 대해서는 입법적 정비가 필요할 수도 있겠다. 참고로 외국인근로자에 대해 사업장 이동의 제한이 없는 노동허가제를 채택하고 있는 독일에서는, 근로자파견법(Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, AÜG)에서 노동허가 없는 외국인을 파견한 파견사업주를 처벌하고(AÜG §15) 노동허가 없는 외국인을 사용한 사용사업주를 처벌하도록 하고 있으며(AÜG §15a) 무허가파견이나 불법파견에 대해서는 파견된 근로자와 사용사업주 간에 고용간주를 인정하기 때문에(AÜG §10) 외국인의 경우에도 무허가 사업주에 의해 파견되거나 노동허가 없는 외국인의 파견 기타 노동허가 있는 외국인의 업무범위 위반 파견 등 불법파견의 경우 사용사업주와 해당 외국인 간에 체류기간 동안의 고용간주를 인정할 수 있다는 해석이 가능하다.

9) 체류자격이 없거나 체류기간을 초과하거나 체류자격에서 허용하는 활동범위를 벗어난 경우는 모두 출입국관리법령 위반이어서 그 체류가 위법하게 되므로 편의상 불법체류로 표현하였다.

요컨대, 대상판결은 파견사업주에게 고용된 외국인을 파견받아 사용하는 행위는 그 외국인이 취업활동을 할 수 있는 외국인이든 그렇지 않은 외국인 이든 관계없이 출입국관리법이 규정한 ‘고용’에는 해당하지 않는다는 것인데 타당한 판단이라고 본다. 물론, 파견사업주가 체류나 취업이 불법인 외국인을 고용하여 사용사업주에게 파견계약 등을 통해 파견하는 경우, 파견사업주나 해당 외국인은 당연히 출입국관리법 위반이므로 처벌대상이 된다. 그런데 사용사업주는 파견사업주로 하여금 체류나 취업이 불법인 외국인들을 고용하여 파견하도록 사주하거나 도와준 것이 아닌 이상¹⁰⁾ 파견계약 등을 통해 파견받아 사용하는 근로자들이 체류나 취업이 불법인 외국인임을 몰랐다가거나 혹은 사후적으로 알게 되거나 우연히 알게 된 것만으로는, 이러한 사용을 ‘고용’으로 간주하여 출입국관리법 위반으로 처벌하는 것은 현재로서는 어려울 것이다. 물론 출입국관리법 개정을 통해 향후 사용사업주의 불법취업 외국인 사용, 즉 간접고용도 처벌하는 것은 별론으로 하고 말이다.

대상판결은, 오늘날 외국인과의 공존이 필연적인 상황에서, 고용과 사용의 구별에 대한 중요성만 일깨워주는 것이 아니라, 명시적으로 밝히지는 않았으나, 외국인 고용과 사용의 문제가 단순히 출입국관리법만의 문제가 아니라 외국인고용법, 더 나아가 파견법과의 관계에서도 중요한 점점들이 있음을 시사하고 있다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

10) 이 경우 출입국관리법 제94조 제9호 위반의 교사범이나 중범이 될 수 있을 것이다.

임원, 출자자, 근로자 지위의 상호 독립성

- 대법원 2020. 6. 4. 선고 2019다297496 판결 -

【판결요지】

회사의 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 「근로기준법」(이하, 근로기준법)상의 근로자에 해당한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결 등 참조). 이 사건 원고가 ‘부사장’으로 호칭되고 또 일정기간 동안 유한회사 사원의 지위에 있었으나 이는 형식적·명목적인 것에 불과하고, 실질적으로는 피고에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자의 지위에 있었다고 보아야 한다. 그럼에도 원심은 위와 같은 이유를 들어 원고가 피고의 근로자라고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 근로기준법상 근로자에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

1. 사안의 배경

소의 A, B, C, D 4인은 2000. 3.경 자본금을 균등출자하여 보험계리법인인 甲유한회사를 설립하였다. 한편, 원고는 2003. 2.경부터 위 甲사에서 프리랜서 보험계리사로 근무하였다. 甲사는 2005. 4.경 서울 마포구로 사무실을 이전하면서 대졸 신입사원들을 새로 채용하였고, 그 무렵부터 소속 보험계리사들은 원칙적으로 상근하면서 매월 20일에 정기적으로 급여를 지급받았다. 원고는 2006. 7.경 위 甲사의 출자좌수를 취득한 이래 2007. 4. 17.경 甲사의 증자에 참여하여 출자좌수를 전체 출자좌수 21,000좌 중 2,000좌로 확대하였다가 2010. 3.경 출자좌수 전부를 소의 A에게 양도하였다.

한편, 甲사는 2008. 4. 1. 취업규칙을 제정하였는데, 위 취업규칙 제1조는 취업규칙이 직원 및 ‘주주사원’ 모두에게 적용된다고 규정하고 있고, 제2조는 “주주사원을 주주의 자격을 가진 자로서 상시업무를 수행하는 자를 말한다.”고 규정하고 있다. 이후 甲사는 2014. 1. 1. 주식회사인 피고회사로 조직변경하고 해산하였는데, 원고는 조직변경 이후 피고회사에 계속하여 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직하였다.

이러한 상황에서 원고는 피고회사를 상대로 자신이 甲사에 입사한 2003. 2.부터 2015. 12. 31.까지¹⁾의 퇴직금의 지급을 구하는 소를 제기하였고, 이에 대하여 피고회사는 위 기간 동안은 원고가 근로자가 아니라고 항변하였다.

2. 소송의 경과

가. 1심판결²⁾

1심법원은 ① 원고가 甲사에 ‘프리랜서’로 일한 2003. 2.부터 2005. 4. 이전까지의 기간 및 ② 원고가 甲사의 출자좌수를 취득한 2006. 7.부터 이를 모두 소외 A에게 양도하여 유한회사의 사원(社員)의 지위에서 벗어난 2010. 3.까지의 기간에 대하여는 원고의 근로자성을 부정하고, 나머지 기간에 대하여는 근로자성을 긍정하는 취지로 판결하였다(원고 일부승소). 한편, 1심법원은 위 ②에 해당하는 기간에 관하여 원고의 근로자성을 부정한 이유를 “유한회사의 출자좌수를 취득한 유한회사의 사원 지위에 있었으므로, 사원으로 있었던 위 기간은 근로자성을 인정할 수 없다.”고 실시하였다.

나. 원심판결³⁾

원심법원은 ① 2005. 4.경부터 원고가 ‘부사장’으로 호칭되었던 점, ② 원고는 유한회사인 甲사의 사원 지위에 있었던 기간 동안 甲사의 사원총회에 참석하여 용역수익 배분구조 변경이나 직원급여제도 논의 등 유한회사 운영

1) 원고는 2016. 1. 1 보험계리사에서 ‘사무총장’직으로 전환되어 2017. 3. 31. 피고회사에서 퇴직하였는데, 피고회사도 원고가 사무총장으로 재직한 기간에 대하여는 근로자성을 인정하여 위 기간에 대한 퇴직금을 지급하였다.
 2) 서울서부지방법원 2019. 2. 14. 선고 2017가단228772 판결.
 3) 서울서부지방법원 2019. 11. 14. 선고 2019나32419 판결.

전반에 관하여 의결권을 행사한 점, ③ 원고에 대한 급여는 근로소득이 아닌 사업소득 형식으로 지급되었고, 원고가 4대 보험에 가입되지도 않은 점, ④ 주주사원 및 직원으로 구성된 피고회사는 직원에 대한 급여를 회사계정에서 지급하고, 주주사원에 대한 용역비는 주주사원 계정에서 집행하는 등으로 용역수익을 회사 몫과 주주사원 몫으로 구분하여 계정을 집행·관리하고 있었는데, 원고는 주주사원 계정에서 용역비를 수령한 것으로 보이는 점, ⑤ 원고는 피고회사의 경영사정을 이유로 2010. 4.부터는 급여로 전달의 급여인 450만 원보다 150만 원 감액된 300만 원을 지급받기도 하였던 점, ⑥ 원고가 2008. 10. 1.부터 2010. 9. 30.까지 ○○주식회사의 선임계리사로, 2014. 7. 17.부터 2015. 12. 31.까지는 ○○의 선임계리사로 선임되어 위 기간 동안 기본급 외에 선임계리사 수당을 수령한 점, ⑦ 피고의 취업규칙 제25조에는 “만 1년 이상 근속한 직원이 퇴직하였을 때에는 급여 및 복리후생 규칙에 의한 퇴직금을 지급한다.”고 규정되어 있을 뿐 주주사원에 대한 퇴직금 지급규정은 존재하지 않는 점, ⑧ 원고는 입사 초기부터 일반 근로자가 아닌 피고의 관리자로서 근무하였다고 볼 사정이 다수 존재하고, 피고의 출자좌수 취득이나 급여지급 방식의 변경 등을 전후하여 원고의 피고 내에서의 지위, 역할 등이 실질적으로 바뀌었다고 볼 만한 자료도 특별히 없는 점 등에 비추어 원고가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고회사에 근로를 제공하였다고 단정하기 부족하다고 보아 1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하였다(원고 전부패소).

다. 대상판결

대법원은 ① 원고는 2006. 7.경 甲사의 출자좌수를 취득하여 2010. 3.경까지 사원의 지위에 있었지만 업무집행에 관한 의사결정 등 경영권은 회장 A를 비롯한 회장단이 행사하였고, 원고를 비롯하여 출자좌수를 취득한 주주사원 보험계리사들은 회사 운영에 실질적으로 관여하지 못하였고, ② 피고회사는 보험회사들로부터 의뢰받은 용역을 정리하여 보험계리사별로 배분한 다음 그들이 보험회사로 출근할 날짜를 지정하는 등으로 용역수행계획서를 작성하였고, 원고를 비롯한 주주사원 보험계리사들은 피고회사가 수립한 계획에 따라 피고회사 또는 보험회사의 사무실로 정시 출근하여 배분받은 용역 업

무를 수행하였으며, ③ 원고는 그와 같은 용역 업무를 수행하면서 제3자를 고용하는 등으로 업무를 대행하게 할 수도 없었고, ④ 피고회사의 취업규칙은 일반 직원뿐만 아니라 주주사원 보험계리사들도 그 적용 대상으로 정하고 있다고 인정하고, “원고가 ‘부사장’으로 호칭되고 또 일정기간 동안 유한회사 사원의 지위에 있었으나 이는 형식적·명목적인 것에 불과하고, 실질적으로는 피고에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자의 지위에 있었다고 보아야 한다.”고 보아 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하였다.

3. 검토

기업은 다양한 이용자와 관계를 맺는다. 기업은 기업에 필요한 자금을 조달하기 위하여 출자자 또는 채권자와 거래한다. 기업은 자금조달의 대가로 그 지분(예컨대, 주식이나 출자좌수)을 발행하기도 한다. 기업의 출자자(예컨대, 주주나 유한회사의 사원)는 이러한 거래의 상대방이다. 한편, 주식회사나 유한회사 등 물적회사는 이러한 출자자가 다수임을 예정하고 있으며 출자자의 책임 또한 제한되고 있어 출자자가 직접 회사의 경영상 의사결정을 하지 않고 이사회 등 회사의 기관(機關)에 위임한다(소유와 경영의 분리). 다른 한편, 회사는 생산활동에 필요한 노동력을 조달하기 위하여 근로계약을 체결하기도 한다.

회사의 ① 출자자(사원), ② 임원(기관), ③ 근로자라는 세 가지 법적 지위가 다른 사람에게 귀속되는 것이 통상적이기는 하지만, 각각의 법적 지위의 발생 근거가 상이하므로 하나의 법적 지위가 다른 법적 지위를 배제하는 것은 아니다. 임원의 근로자성 문제는 회사의 기관의 지위에 있는 사람이 회사의 근로자가 될 수 있는가의 문제이고, 유한회사의 사원(社員) 지위와 근로자 판단 문제는 회사의 출자자의 지위에 있는 사람이 회사의 근로자가 될 수 있는가의 문제인바, 답을 먼저 말하면 모두 당연히 가능하다. 아래에서 분설한다.

(1) 합명회사나 합자회사의 업무집행사원, 유한회사의 이사, 주식회사의 대표이사나 이사, 유한책임회사의 업무집행자 등 회사의 법정(法定) 기관인 임



원과 회사 사이의 법률관계는 기본적으로 법률과 정관에 의하여 확일적으로 규율되며, 대부분의 경우 위임관계이다. 그러므로 회사와 위임관계에 있는 법정기관인 임원의 경우에는 근로기준법의 적용을 주장하는 임원 측에서 ‘예외적’으로 사용종속관계가 존재하였음을 추단케 할 수 있는 구체적 사정이 있음을 주장· 입증하여야 할 것이다.⁴⁾ 만일 등기이사가 근로자로 인정되는 경우에는 이사의 보수 지급에 관한 상법규정의 적용이 문제될 뿐이다.⁵⁾

한편, 종래 기업실무에서 ‘비등기임원’이라는 명칭으로 불리는 자들은 법률에 근거 없이 회사와 체결한 계약에 근거하여 회사의 업무집행의 일부를 담당하는 자이므로 이들과 회사 사이는 법률에 의하여 확일적으로 규율되는 것이 아니라 비등기임원의 임용에 관한 계약의 내용에 따라 형성된다.⁶⁾ 한편, 노동법의 영역에서는 이러한 ‘(비등기)임원’이라는 개념은 특별한 법적 의미를 갖지 못한다.⁷⁾

그런데 대상판결은 임원의 근로자성과 관련하여 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결을 원용하여 “(임원의) 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다가나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당”한다고 판시하였는바,

4) 권오성(2015), 「비등기임원의 근로자성 판단기준에 관한 소고」, 『산업관계연구』 25(2), p.63.

5) 위임계약에 의한 이사의 지위와 근로계약에 의한 근로자의 지위를 겸유하는 ‘근로자 겸직이사의 경우 이사로서 받는 위임의 보수와 근로자로서 받는 급여의 법적 성격은 개념상으로 명백히 구별된다. 따라서 근로자 겸직이사가 근로관계에 기하여 회사에 종속노동을 제공하고 그 대가로 지급받는 임금에 상법 제388조가 적용된다면 회사가 근로자의 임금을 ‘정관 또는 주주총회의 결의’로 정해야 한다는 어색한 결과가 도출될 것이다. 상법 제388조의 보수는 이사의 지위에 기한 직무집행의 대가만을 의미한다고 해석하는 것이 합리적이며, 근로자의 지위에 기한 종속노동의 대가로서의 임금 부분은 상법 제388조의 보수에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만, 이사와 회사 사이의 근로계약은 상법 제398조 소정의 이사와 회사 간의 거래에 해당하므로 원칙적으로 근로자 겸직 이사가 근로자로서 받는 임금의 결정은 ‘이사회 승인사항’이라고 할 것이다. 권오성(2007), 「이사의 보수」, 『변호사』 제37집, p.192를 참조하였다.

6) 권오성(2015), p.63.

7) 앞의 글 p.64.

이러한 판시는 임원의 경우 여타 노무제공자에 비하여 엄격한 기준으로 근로자성을 판단해야 한다는 인상을 준다는 점에서 바람직하지 않다고 생각한다. 임원의 근로자성을 판단함에 있어서도 그냥 근로자성 판단에 관한 일반적인 기준, 임원의 노무제공에 관하여 사용자로부터 ‘상당한’ 지휘·감독을 받는가라는 일반적인 판례법리를 그대로 적용하면 족하다.⁸⁾

(2) 유한회사의 사원(社員)은 유한회사의 출자자이다. 여기서 출자(出資)란 영리법인의 지분을 취득하는 행위, 즉 자본단체의 구성원(member)이 된다는 의미이다. 출자자는 회사의 지분적 소유자로 이해되는바, 다만 여기서의 소유는 물권적 소유권이 아니라 법률과 정관에 따라 ① 기업을 통제할 권리(right to control)와 ② 기업의 이익 또는 잉여를 수취할 권리(right to appropriate profit or residual earnings)를 가진다는 말로 이해해야 할 것이다. 유한회사의 사원이 이러한 통제권과 이익수취권을 보유 및 행사한다고 하더라도 이는 유한회사의 사원의 지위에서 인정되는 것이다. 따라서 회사에 노무를 제공하는 사람이 그 유한회사의 사원 또는 주식회사의 주주라는 사실은 근로자성 판단에 아무런 영향을 줄 수 없다.⁹⁾

(3) 요컨대, 기업의 임원, 출자자, 근로자 지위는 서로 독립적인 관계에 있다. 따라서 노무제공자가 ‘임원’이라는 사실 또는 ‘출자자’라는 사실은 근로자성의 판단에 영향을 주어서는 아니 될 것이다.

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

8) 앞의 글.

9) 택시 주주기사들은 주주로서의 지위뿐만 아니라 근로자인 운전기사로서의 지위를 별개로 가지므로 연차수당을 받을 수 있다는 취지의 하급심 판결로 울산지방법원 2020. 1. 29. 선고 2019가소205469 판결을 참조하였다.

근로자성 판단기준 비판 - 삼성물산 백화점 위탁판매원 사건

- 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다207864 판결 -

【판결요지】

사실관계에 나타난 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 원고들이 임금 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 「근로기준법」(이하, 근로기준법)상의 근로자에 해당한다고 볼 수 없다.

1) 원고들이 피고와 체결한 위탁판매계약서에 나타난 근로자성을 긍정할 수 있는 요소들은 피고에 의해 독립적인 개인사업자인 대리점주에게도 유사하게 시행되었으므로, 근로자에 해당하는지 여부를 가리는 중요한 사항이라고 볼 수 없다.

2) 피고가 원고들의 근태관리를 하지 않고, 원고들이 판매원으로 하여금 일정 정도 자신을 대체하여 근무하게 할 수 있는 등 원고들의 피고에 대한 종속성 및 전속성의 정도가 약하다.

3) 원고들은 판매실적에 따라 상한 또는 하한이 없는 수수료를 지급받아 판매원의 급여, 일부 매장 운영 비용을 지출하여야 하므로, 일정 정도 자신의 계산으로 사업을 영위하였다고 보아야 하고, 위 수수료를 근로 자체의 대상적 성격으로 보기 어렵다.

1. 백화점 위탁판매원의 노무제공 모습

신세계, 현대 등 백화점 운영업체는 납품업체와 특약매입거래계약 또는 임대차계약을 체결하여 납품업체가 백화점 내 일정 공간의 매장을 활용하여 판매활동을 하도록 하고 있다. 이에 따라 납품업체들이 사건의 경우 삼성물산(상호변경 전 제일모직)은 해당 매장에서 자신의 브랜드 제품 등을 판매하고 있다. 납품업체들은 이러한 매장에서 소비자를 상대로 하는 판매업무를 주로 위탁판매계약을 체결한 위탁판매원에게 맡기고 있다. 백화점 내 매장은 백화점 운영업체의 전반적인 관리를 받고 있으므로 이들 위탁판매원의 업무장소, 근무시간은 대체로 백화점 운영업체가 사실상 결정한다는 점에서 각 납품업체별로 위탁계약을 체결한 위탁판매원의 업무행태는 외견상 비슷

하다. 아울러 위탁판매원은 소속된 납품업체별로 정도의 차이는 있지만 브랜드 관리 차원의 매장관리, 재고관리 업무를 수행하고, 제품 판매가격에 대한 결정권한이 거의 없다는 점에서도 유사점이 있다.

2. 선행 판결과의 비교

백화점 위탁판매원의 근로자성은 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146, 62456, 63299 판결[발렌타인 사건]에서 이를 인정한 이래 유사 사건이 여러 건 제기된 바 있다. 이 판결도 그러한 사건 중 하나로서 백화점 위탁판매원의 근로자성을 인정한 발렌타인 사건과 결론을 달리하고 있어 주목된다. 발렌타인 사건과의 사실관계상의 차이는 위 판결요지에 언급된 사항 중 2)와 3)에 나타난 사실관계라 할 수 있다. 즉, 근태관리, 타인을 이용한 대체 근무의 허용여부, 수수료의 상하한 유무 등이 그것이다. 이를 정리해 보면 아래 표와 같다.

	발렌타인 사건	삼성물산 사건
휴가 사용	백화점 판매원들이 휴가, 병가 등을 사용할 경우 사전에 또는 사후에 피고에게 보고하고, 아르바이트생 근무현황표, 장기사원 근무현황표 등을 작성하여 보고하기도 함	원고들의 휴가 일정을 취합하여 정리하기는 하였으나, 별도로 휴가를 통제하지는 아니함(원심 판결 참조).
징계권 행사 여부	피고는 일부 백화점 판매원들에 대하여, 임시직원 임금의 허위청구로 인한 횡령, 회식비 허위 청구 등을 이유로 징계권을 행사한 적도 있고, 일정한 경우 다른 매장으로 이동조치를 취하기도 한 것으로 보임	원고들을 상대로 징계권을 행사하지 않음
대체 허용 여부	백화점 판매원들이 개인적인 출산, 휴가 등의 사유로 매장에서 근무할 수 없을 경우 자신의 계산으로 일시적으로 제3자를 통하여 근무를 대체하기도 함	피고는 개별 매장에서 원고들과만 위탁 판매계약을 체결하였고 그 매장의 판매원 채용에 관여하거나 판매원의 급여를 부담하지 않았으며, 원고들이 매장 상황에 따라 필요한 판매원을 직접 채용하여 근무를 관리하면서 급여를 지급함
수수료	어떤 시점에서는 기준연봉을 정하고 85~130% 범위에서 지급하다가, 또 어떤 시점에서는 고정급을 지급하다가, 다시 매출액 연동형으로 변경함	판매실적에 따라 상한 또는 하한이 없는 수수료를 지급받음



위 사항을 비교해 보면 삼성물산 사건의 경우 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결[부산학원 사건]에서 제시된 이래 오늘에 이르고 있는 근로자성 판단기준에 따르면 근로자성이 부인될 만한 요소가 다수 눈에 띈다. 대표적으로 ① 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ② 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ③ 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ④ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지에 관한 사항이다. 대법원은 바로 이 기준들에 비추어 볼 때 삼성물산 소속 위탁판매원들에게는 근로자성을 부인할 요소가 많다고 본 것이다.

3. 다른 결론의 원인 - 보수에 있어서 성과연동의 정도

그런데 백화점이라는 동일한 공간에서 비록 취급하는 상품의 브랜드가 다르기는 하나 유사한 노동을 제공함에도 근로자와 자영인이라는 극과 극의 상황이 발생하는 것을 어떻게 이해하여야 할까. 무엇이 이들의 법적 지위를 극단으로 갈라놓은 것일까. 필자는 위 사건이 발렌타인 사건과 다른 결론에 이르게 된 가장 결정적 이유는 완전 성과연동형과 기본급 유무의 차이에 있다고 본다.

대법원이 삼성물산 사건에서 중요한 이유로 제시한 휴일사용의 자율성, 대체근무 허용, 징계권 불행사 등은 따지고 보면 모두 완전 성과연동형 보수체계의 논리적 귀결이기 때문이다. 최대이익을 추구하는 것이 인간의 본성이라고 가정할 때, 완전 성과연동형 보수체계는 그 대상자가 최대의 이익을 추구하기 위해 스스로 알아서 노동할 것을 요구한다. 따라서 노무이용자는 노무제공자에게 특별한 지휘나 감독을 할 필요가 없다. 휴가를 사용할지 말지, 타인을 대신 투입할지 말지에 대한 판단도 노무제공자에게 맡겨버린다. 일정한 조직 내 규율을 위반한 경우 징계를 할지 말지 호들갑 떠는 것도 어색하다. 손해를 입었고 본보기를 보여줄 필요가 있다면 위탁계약을 해지하면 그만이다. 노무제공자는 위탁계약을 해지당할까 두렵기도 하거니와 성과저하로 인해 자신의 수익이 줄어들 것을 염려하기 때문에 스스로 규율을 잘 지키며 열심히 일하게 된다. 굳이 징계권을 행사할 상황 자체가 잘 마련되지 않는 것이다. 아울러 저성과자에게는 분배를 덜 하면 되는데 소득감소 그 자

체가 노무제공자에게 불이익이라는 점에서 이를 통해 사실상 징계에 갈음할 수도 있다. 나아가 다른 사업자와 거래하거나, 또 다른 매장을 운영하는 등 노무제공자의 노무이용자에 대한 전속성이 떨어지는 경우도 존재하는 경우도 있는데, 이는 노무이용자에게 약간의 불편을 줄 수는 있지만, 그로 인해 직접적인 비용 지출이나 수익 감소가 적다면 용인할 수도 있을 것이다. 즉, 노무이용자 입장에서는 노무제공자의 자율성을 최대한 존중함으로써 매출을 극대화할 수 있다면 전통적인 노무관리방식도 포기하는 것이 가능하다. 한편, 고정급에 의한 분배체계하에서는 이와 정반대로 전개된다. 일(성과)의 질과 양이 아니라 근로시간에 연동하여 고정적인 보수가 지급되므로 노무이용자는 노무제공자를 지휘·감독해야만 자신이 원하는 수준의 질과 양을 획득할 수 있다. 이를 위해서는 취업규칙 등 내부규율을 확립하고 휴가사용을 통제하며 대체근무는 불허되며, 문제가 발생한 경우 징계처분을 함으로써 노무제공자를 엄히 꾸짖어야 한다. 따라서 고정급의 범위를 축소하고 성과연동형 보수 부분을 확대하면 할수록 지휘·감독은 느슨해지기 마련이다. 노무제공자의 자율성을 확대해주는 것이 노무제공자의 자기책임에 비례하여 보수를 지급하는 성과연동형에 어울리기 때문이다. 이렇듯 노무제공의 실태는 보수체계와 긴밀한 연관관계가 있다.

대법원이 제시하고 있는 근로자 판단기준을 살펴보면 ‘기본급이나 고정급이 정하여졌는지’를 종속성의 인정 요소로 제시하면서도, 이는 ‘사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.’는 단서를 달고 있다. 단서를 제시한 점에 비추어 볼 때, 보수체계가 근로자성 인정 자체에 영향을 미칠 수 있음을 대법원도 인지는 하고 있는 것이다. 그러나 이러한 인지가 실제 재판에서 구체화되고 있지는 못한 것 같다. 휴가사용을 마음대로 하고, 잘못이 있더라도 징계를 받지 않으며, 대체근로가 가능하다면(즉, 노동의 일신전속성) 그러한 노무제공자는 자영업자로 보아야 한다는 뿌리깊은 통념이 이러한 구체화를 방해하고 있기 때문은 아닐까.



4. 근로자성 판단에 있어서 자영업자와의 유사성 검토의 부적절성

그렇다면 완전 성과연동형 보수체계를 채택하고 계약서에 몇 줄 기재된 지시사항에 터잡아 노무제공관계를 형성하고 있는 자들 사이에는 근로기준법이 적용될 여지는 없는 것일까. 대법원은 이 사건에서 근로자성을 부인하면서 대리점주와의 비교라는 흥미로운 이유를 제시하였다. 즉, “위탁판매계약서에 나타난 근로자성을 긍정할 수 있는 요소들은 피고에 의해 독립적인 개인사업자인 대리점주에게도 유사하게 시행되었다.”는 설시가 그것이다. 이는 자영업자인 대리점주와 비슷하므로 근로자가 아니라는 취지로 읽힌다. 그런데 이 문장 속에는 삼성물산의 대리점주는 ‘독립적인 개인사업자’라는 점이 전제되어 있다. 근본적으로, 이 명제가 과연 확립된 노동법적 결론인지에 대해 의문이 들기는 하나, 이 문제를 차치하더라도 근로자성 판단을 ‘자영업자와 얼마나 비슷한가’라는 논리로 접근하려는 태도는 비판받아 마땅하다. 노동법은 대등한 자 사이의 계약이 아니라 약자를 보호하기 위해 시행되고 있다. 즉, 계약자유의 원칙으로는 보호할 수 없는 자에 대한 예외로 노동법의 역사는 시작된다. 따라서 노동법의 적용대상이 되는 근로자성을 판단함에 있어서는 계약자유의 원칙이 그대로 관철되는 자영업자와 유사한가의 관점이 아니라 그와 어떤 점에서 다른가라는 측면에서의 접근이 필요하다. 이를테면, 업무수행 양태에 있어 대리점주와 이 사건의 위탁판매원이 비슷한가가 아니라 ‘대리점주와 위탁판매원은 어떤 점에서 다른가’, ‘그러한 차이가 위탁판매원에 대한 노동법적 보호를 정당화시키는가’라는 방식으로 질문을 던져야 하는 것이다.

생각건대, 대리점주는 점포를 구하고 인테리어를 하는 등 자기자본을 투자하고, 삼성물산으로부터 물품과 제품판매 노하우, 제품관리 등의 지시를 받는다. 위탁판매원은 이미 삼성물산이 백화점 운영업체와 계약을 통해 확보한 매장에서 업무를 수행한다는 차이가 있다. 위 판결요지 중 3)에서 ‘위탁판매원들이 수수료를 지급받아 판매원의 급여, 일부 매장 운영 비용을 지출’하였다고 하나 이는 삼성물산의 매장 운영방침에 따라 비용부담을 전가한 것일 뿐 이를 자본투하라고 평가하기는 어렵다. 나아가, 백화점 매장의 경우가 다년간의 운영경험이 축적되었으므로 로드숍에 비해 상대적으로 매출액을 예상하기에 용이한바, 삼성물산의 입장에서 백화점 내 매장에서는

일정 수준의 매출을 예상할 수 있고, 그 범위에서 위탁판매원에 대한 보수체
 계나 비용부담체계를 결정할 수 있을 것이고 이를 그대로 실행에 옮긴 것이
 라 보아야 한다. 발렌타인 사건의 경우 일정 수준의 고정급이 위탁판매원에
 게 보장되었는데, 이 역시 매출액에 대한 예상이 어느 정도 가능하기 때문일
 것이다. 연혁적으로 백화점판매원은 수십 년 전에는 근로계약을 통해 매장
 에 투입되다가 20여 년 전부터 위탁판매원으로 전환이 이루어졌고, 이 무렵
 부터 본격적인 성과연동형 보수체계가 도입되었던 것으로 보인다.¹⁾ 그리고
 시간이 흐름에 따라 매출액에 대한 예상이 정확해지고, 아울러 판매원에게
 재량을 부여하는 것이 최적의 매출을 올리는 방법이라는 경영학적 연구결과
 가 나오면서 위탁판매원의 보수체계에서 고정급의 비율은 점차 줄어들고 성
 과급의 비율이 커졌을 것이다. 근로계약을 체결한 판매원에서 발렌타인 사
 건의 위탁판매원을 거쳐 다음 단계 모델인 삼성물산 위탁판매원으로 진화한
 것이다. 이러한 진화에도 불구하고 백화점판매원의 노무제공 태양이 근본적
 으로 바뀌었다고 보기도 어려울 것이다. 제품을 소매하고 마진을 얻는다는
 비즈니스 모델의 근본이 그대로 유지되고 있기 때문이다. 반면 대리점주의
 경우에도 과거에는 대리점주가 알아서 판매활동을 하도록 하던 행태가 시간
 이 흐르면서 브랜드 관리 차원에서 본사의 개입이 점차 늘어나지 않았을까.
 이렇게 연혁적, 거시적 관점에서 다시 생각해 볼 때, 완전 성과연동형 보수
 체계에 있는 백화점 위탁판매원은 자영업자이므로 노동법적 보호를 배제하
 여도 좋다는 결론이 정당하다고 단언할 수 있는가. 백화점 내 매장은 납품
 업체의 자본투자에 의해 공간이 마련되고 관리되는 데 반해 로드숍과 같은
 대리점은 대리점주의 본격적인 자본투자에 의지한다. 사업이 잘 되지 않아
 손실이 발생하였을 때, 위탁판매원은 수입의 감소라는 불이익을 얻지만 원
 칙적으로 자본회수의 문제는 겪지는 않는다. 투하한 자본의 회수 문제는 백
 화점 내 매장의 경우 납품업체가, 대리점의 경우 대리점주가 부담하기 때문
 이다. 따라서 이들 각자가 마주하게 되는 “이윤의 창출과 손실의 초래 등 위
 험”은 위탁판매원과 대리점주에 있어 본질적으로 다르다. 한편, 위탁판매원
 과 납품업체 본사의 경우에도 그 폭과 깊이가 질적으로 다르며, 위탁판매원

1) 백화점판매원의 계약 형태 변천에 관해서는 졸고, 「근로자성 판단기준: 사용종속성을 넘어, 『노동법학』 제75호, 한국노동법학회, 2020. 9.를 참조하였다.

이 얻는 이윤의 창출과 손실 초래 등의 위험은 납품업체가 설계한 구도 속에서 드러나는 것으로 납품업체가 부담하는 영업상 위험(business risk) 중 일부에 불과하다. 위탁판매원이 “일정 정도 자신의 계산으로” 노동을 제기하였다고 하여 달라지지는 않는다. 근로자성 판단기준으로 제시된 “이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험”의 요소는 그 의미를 해석함에 있어 더욱 신중해야 하는 이유가 여기에 있는 것이다.

5. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 대한 재검토 필요

요컨대, 부산학원 사건에서 제시된 근로자성 판단기준은 변화하는, 엄밀하게는 노무이용자가 주도하는 노동관계의 변화를 따라가기에 충분하지 않아 보인다. 필자가 별도의 글에서 제안한 바와 같이 노동 보호에 관한 헌법적 가치를 되새기며 장기적으로 사용종속관계에 터잡은 노동을 재검토하는 것도 필요하나,²⁾ 단기적으로는 대법원이 제시한 근로자성 판단기준을 일부라도 재검토하는 것도 시급하다. 이러한 검토의 대상은 앞에서 본 바와 같이 보수체계에 연동하여 자율성이 인정될 수 있는 요소들이 될 것이다.

이 판결이 선고된 후 또 다른 백화점 위탁판매원 사건인 코오롱인더스트리 사건(대법원 2020. 7. 9. 선고 2020다207833 판결)의 선고가 있었는데, 근로자성이 부인되었다. 백화점에는 지금 루비콘강이 흐르고 있다. 멀지 않은 미래에 백화점판매원은 근로자와 자영업자 사이에 흐르고 있는 이 강을 모두 건널지 모를 일이다. 넘어 그 강을 건너지 마오.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

2) 앞의 글.

채권추심원의 겸직은 근로자성 부정의 징표가 아니다

- 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결 -

【판결요지】

원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 상당한 소득을 올렸다는 사정은 근로제공관계의 실질을 파악할 때 고려할 여러 사정 중 일부에 불과하다. 위 원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는지 여부를 근로제공관계의 실질을 판단할 때 일의적 기준으로 삼을 합리적 이유를 찾기 어렵다…….

결국 위 원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간에도 여전히 위 원고들을 피고의 근로자로 봄이 타당하다.

피고(브라보캐피탈앤드대부주식회사)는 채권추심회사이고, 원고들은 피고와 위탁계약을 체결하며 채권추심업무에 종사했던 자들이다. 원고들이 피고에게 퇴직금을 청구한 사안에서, 원고들이 「근로기준법」상 근로자에 해당하느냐가 쟁점이 되었다. 특이한 점은 원고들이 피고 회사에서 근무하는 기간 중에 다른 채권추심회사에서 겸직을 한 것이다(즉, 원고들의 전체 ‘근무기간’의 일부는 ‘겸직기간’이다). 또한 겸직기간 중 일부는 “피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간”(이하, 타 소득 50% 이상 겸직기간)이다.

예컨대, 원고 A의 경우 피고 회사에서의 전체 ‘근무기간’은 약 9년이지만, 이 중 ‘겸직기간’은 약 6년이고, 이 겸직기간 중에 1년은 ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’이다. 원고들의 ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’의 구체적인 소득은 다음과 같은데, 다른 회사 소득이 피고 회사 소득보다 더 많은 경우도 있다.

1심판결¹⁾은 먼저 원고들의 「근로기준법」상 근로자성을 인정하였다. 그리고 ‘원고들의 겸직기간은 근로자로 볼 수 없다.’는 피고의 주장에 대해서는,

1) 서울중앙지방법원 2017. 8. 17. 선고 2015가단5305682 판결.



원고	피고회사 근무기간	50% 이상 겸직연도	다른 회사 소득	피고 회사 소득
A	2004. 9. 1. ~2013. 7. 30.	2013년	22,529,239원	29,908,150원
B	2008. 10. 13. ~2014. 7. 30.	2014년	77,308,756원	10,832,565원
C	2009. 9. 16. ~2015. 1. 31.	2014년	26,739,879원	8,189,618원
D	2012. 1. 16. ~2015. 5. 30.	2015년	48,359,816원	20,072,698원
E	2009. 7. 15. ~2013. 12. 30.	2013년	11,126,594원	15,945,417원
F	2010. 1. 26. ~2014. 9. 13.	2012년	22,573,664원	26,168,304원
		2013년	27,867,330원	14,890,510원
		2014년경	107,074,155원	59,021,120원
G	2007. 8. 1. ~2013. 12. 30.	2013년	6,178,027원	11,032,037원

원고들이 피고에게 제공한 채권추심업무의 종속성이 다른 회사에서 소득을 얻기 시작한 시점부터 곧바로 부정되기는 어렵다며 피고의 주장을 배척하였다. 그 결과 1심판결은 원고들의 전체 근무기간에 대한 퇴직금을 인정하였다.

2심판결²⁾은 겸직기간이 존재한다는 사실만으로 원고들의 근로자성을 부정할 수는 없다고 하면서도, ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’은 피고의 근로자로 볼 수 없다고 판단하고, 이 기간을 제외한 나머지 근무기간에 대해서만 퇴직금 지급의무를 인정하였다. 2심판결이 ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’에 대해 근로자성을 부정한 근거는 ① 이 기간은 원고 1명을 제외한 나머지 6명이 피고 회사에서 근무한 기간의 마지막 연도인 점, ② 이 기간에는 원고들이 피고에 전속되어 피고의 채권추심위임인으로 업무를 수행하였다고 보기 어려운 점, ③ 이 기간의 원고들의 소득규모에 비추어 보면, 피고의 업무처리

2) 서울중앙지방법원 2018. 10. 30. 선고 2017나63261 판결.

방식·업무지시·실적관리·근태관리 등이 그 이전 기간과 동일하게 적용되어 원고들이 여전히 피고에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무를 수행했다고 보기 어려운 점 등이다. 그런데 2심판결은 근로자성 부정의 징표로 ‘타 소득 50% 이상’이라는 기준을 제시한 근거는 밝히고 있지는 않다.

반면 대상판결은 원고들의 ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’에도 여전히 피고의 근로자로 봄이 타당하다고 하여, 이 부분에 대한 원심판결을 파기하였다. 대상판결이 제시한 근거는 ① 원고들이 다른 회사에서 상당한 소득을 올렸다는 사정은 근로제공관계의 실질을 파악할 때 고려할 여러 사정의 일부에 불과하므로, 다른 회사 소득이 피고 회사 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는지 여부를 근로제공관계의 실질을 판단할 때 일의적 기준으로 삼을 합리적 이유를 찾지 어렵다는 점, ② ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’ 동안 겸직 소득규모 외에는 원고들의 업무수행 방식과 피고의 지휘·감독의 태양이나 정도 등이 근로자성 인정 여부를 종전과 달리 판단할 수 있을 정도로 변경되었다고 볼 만한 사정이 없다는 점 등이다.

결과적으로 대상판결은 1심판결과 동일한 결론을 내린 셈이다. 여러 대학에서 강의소득을 얻는 시간강사의 근로자성을 인정하고 있는 선례³⁾에 비추어 보았을 때, ‘겸직 여부’와 ‘다른 회사 소득의 규모’가 근로자성 부정의 징표가 될 수 없다는 대상판결의 입장은 타당하다.

문제는 2심판결에 있다. 첫째, 2심판결은 여전히 전속성(專屬性)에 집착하고 있다. 2심판결은 원고들이 ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’에는 피고에 전속되어 업무수행을 했다고 보기 어렵다고 하였다. 그러나 이 기간 외에 일반 겸직기간도 피고에 전속되었던 것은 아니다. 전속의 사전적 의미는 “오로지 어떤 한 기구나 조직에 소속되거나 관계를 맺음”⁴⁾이기 때문이다(‘주로’가 아니라 ‘오로지’이다). 다른 회사에서 얻은 소득규모가 전속 여부를 판단하는 기준은 당연히 아니라는 점에서, 2심판결은 일단 전속성의 의미를 잘못 파악하고 있다.⁵⁾ 그러나 2심판결의 더 큰 문제는 전속성을 근로자성 판단의 중

3) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결.

4) 국립국어원 표준국어대사전

5) 전속성이란 용어 사용의 문제점에 대해서는 방강수(2020), 「특수형태근로종사자 판단요건에서 ‘전속성’이란 용어의 오용(誤用)」, 『노동리뷰』 2월호, 한국노동연구원, pp.287-291을 참조하였다.

요 징표로 파악하는 것이다. 대학 시간강사의 예처럼, 복수의 사업주와 계약 관계를 맺고 있는 노무제공자가 증가하고 있는 상황에서 전속성은 더 이상 중요 징표가 되어서는 아니 된다. 원고들이 피고와의 관계에서 종속노동을 제공했는지를 판단하면 충분하다. 다른 회사와의 관계는 고려 대상이 아니다.

둘째, 2심판결은 ‘소득규모’와 ‘지휘·감독’을 연결시키고 있다. ‘타 소득 50% 이상 겸직기간’은 다른 회사 소득의 규모가 많기 때문에, 그 이전 기간과 동일하게 피고의 지휘·감독을 받았다고 보기 어렵다고 한다. 한편 대법원은 채권추심원의 근로자성 판단의 추가 기준으로 “채권추심회사와 계약관계를 유지한 기간 동안 채권추심회사에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무에 전념하였다고 보기에는 지나치게 적은 액수의 성과수수료를 받는 등 근로자성을 인정하기 어려운 사정”(부정 기준)을 제시하고 있기는 한데,⁶⁾ 2심판결이 이 대법원 판결을 인용하고 있지는 않다. 아무튼 2심판결은 평소보다 소득이 줄었다면 그만큼 지휘·감독에서 벗어났다는 것인데, 납득하기 어려운 논리이다.

대상판결은 노무제공자의 겸직 사실과 다른 회사에서 상당한 소득을 올렸다는 사정이 근로자성 부정의 중요 징표가 될 수 없다고 판단했다는 점에서 의미가 있다(하지만 이것을 법리로써 제시한 것은 아니다). 향후 대법원이 특정 사업주에 대한 전속성은 근로자성 판단의 형식적 징표⁷⁾와 마찬가지로, 부차적인 징표에 그칠 뿐이라는 법리를 명확히 밝혀주기를 기대해 본다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

6) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결. 이 판결에 대한 평석은 도재형(2016), 「기업과 규범의 이 긴 다툼의 결말은? - 채권추심원의 근로자성」, 『노동리뷰』 6월호, 한국노동연구원, pp.87-89를 참조하였다.

7) 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정을 의미한다.

겸직한 채권추심원의 근로자성 인정 여부

- 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결 -

【판결요지】

「근로기준법」(이하, 근로기준법)상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 위임계약인지보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업장에서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다.

원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 상당한 소득을 올렸다는 사정은 근로제공관계의 실질을 파악할 때 고려할 여러 사정 중 일부에 불과하고, 피고가 원고들의 근로자성을 인정하지 않은 기간 동안 위 원고들의 업무 수행 방식과 피고의 지휘·감독의 태양이나 정도 등 근로자성 인정 여부를 종전과 달리 판단할 수 있을 정도로 실질적으로 변경되었다고 볼 만한 사정이 없다.

결국 위 원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간에도 여전히 위 원고들을 피고의 근로자로 봄이 타당하다.

원고들이 피고 회사를 상대로 퇴직금을 청구한 사건으로, 원고 A 등은 채권추심업체인 피고 B 회사와 2004년경부터 2014년경까지 각각 채권추심업무 위탁계약을 맺고 채권추심업무에 종사하였다. 원고들과 피고 회사 간의 계약서 내용을 보면, 피고 회사는 원고들에게 일당 활동비와 회수한 채권 금액의 일정액을 성과 위탁수수료로 지급하였다. 그런데 계약서에는 원고들과 피고 회사는 고용관계를 맺은 것이 아니며 원고들은 피고 회사의 사규 및 각종 법정수당(퇴직금, 휴가, 휴일 등)의 적용을 받지 아니한다는 규정이 있었다. 그리고 원고들은 개인사업자로서 사업자에 따른 관련 체세금을 부담한다는 내용도 있었고 겸직도 허용되었다.

먼저 지방법원은 원고들이 근로기준법상의 근로자에 해당하는지에 대하여 현재의1) 대표적인 선례라 할 수 있는 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결의 기준을 제시한다. “근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형



식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사항은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”

지방법원은 이러한 전제 아래 사안의 사실관계를 포섭한다. 먼저 피고 회사가 원고들에게 구체적인 업무지시를 내렸는지에 대하여 살펴보면, 일일보고, 근태관리, 교육 참석, 시무식 참석, 대청소 참여, 개인정보보호교육 참석 등의 사실이 있었으며, 독촉장뿐만 아니라 간단한 내용의 우편물 등 모든 발송 서류에 대하여 반드시 정규직 팀장의 검사를 받도록 지시하였다. 실적 관리 역시 인트라넷에 월별로 순위를 매겨 채권추심원 개인별 회수금액을 게시하고 포상금 제도를 실시하였다. 그리고 근태관리에 대해서는 출근 시간과 퇴근 시간을 정하고 출근 시간 이후 출근하는 경우 지각처리하였으며, 근무태도를 강조하는 공지사항을 띄웠고, 외근의 경우 출발시간, 업무종료예정시간, 귀사에정시간, 외근사유 등을 기재한 다음 팀장의 사전 승인과 사후 확인을 받도록 하였다. 또, 채권추심원으로 하여금 업무 목적 이외에 인터넷

1) ‘현재’의 판례라 한 이유는 2006년 판례가 근로자성 인정 기준에 대한 ‘과거’의 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결과 종종 비교되기 때문이다.

을 사용하지 못하도록 하고, 일정한 경우 중징계 처분한다고 공지하였다. 그 외에도 지방법원은 기타 사항으로 채권추심원에게 기본급이나 고정급 없이 채권회수 실적에 따른 수수료 등을 지급한 것은 채권추심업무의 특성에 의한 것일 뿐으로 근로의 대가인 임금의 성격을 지니지 않은 것이라 보기 어렵다고 판단하였다.

이러한 사실관계와 판단을 근거로 지방법원은 원고들은 채권추심원으로 서 피고 회사와 형식상으로는 이 사건 위탁계약을 체결하였으나, 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자인 피고 회사에게 근로를 제공하였던 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 것이라 판시하였다.

그러나 원심인 고등법원은 근로자성 인정 여부에 대한 지방법원의 판시를 받아들이면서 다만 그 기간에 대해서는 다른 해석을 내놓았다. 원고들이 피고 회사에서 근무하는 중 다른 회사에 일정 기간 겸직하여 피고 회사 소득과 비교하였을 때 50% 이상의 소득을 얻은 기간이 있다면, 그 기간은 피고 회사에 대한 근로자성을 부정하는 것이다. 가령, 2004. 9. 1.부터 2013. 7. 30.까지 근무한 원고 A의 경우 2013년 피고 회사로부터는 2천 9백만여 원을 받았는데, 겸직한 타 회사로부터는 2천 2백만여 원을 수령하였다. 고등법원은 그렇다면 A의 퇴직금 산정에 있어 2013년은 피고 회사의 근로자가 아니므로 제외한다는 것이다. 그 이유는 50% 이상의 비중을 차지하는 기간 동안에는 업무처리 방식이 원고들에게 그 전과 동일한 구속력을 가졌다고 보기 어렵다는 것이다. 다른 말로는 구체적인 업무지시가 그 전의 기간과 동일한 내용과 강도로 원고들에게 적용되었다고 보기 어렵다는 것이다.

하지만 대법원은 이러한 고등법원의 판단을 파기·환송하였다. 왜냐하면 다른 근무처에서 상당한 소득을 올렸다는 사정은 근로제공관계의 실질을 파악할 때 고려할 여러 사정 중 일부에 불과하고, 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고 회사에서 얻은 소득의 50% 이상의 비중을 차지하는지 여부를 근로제공관계의 실질을 판단할 때 일의적 기준으로 삼을 합리적 이유가 없다는 것이다. 그리고 원고들의 겸직 소득 규모 외에는 원심이 근로자성을 인정하지 않는 기간 동안 원고들의 업무수행방식과 피고의 지휘·감독의 태양이나 정도 등이 근로자성 인정 여부를 종전과 달리 판단할 수 있을 정도로 변경되었다고 볼 만한 사정도 없다고 하였다. 따라서 대법원은 원고들이 겸직하여 피고 회사 수입의 50% 이상을 얻은 기간도 여전히 피고 회사의

근로자로 본다고 판시하였다.

원심과 대법원은 대상판결의 사안에서 겸직 소득 50%를 근로자성 판단의 기준으로 삼을 것인가에 대해 판단이 달랐다. 고등법원은 겸직 소득이 50%를 넘으면 아무래도 본업에 집중하지 않았을 것이고 그만큼 피고 회사의 지휘·감독이 약했을 것으로 생각했다. 그러나 대법원은 50%라는 기준이 자의적이고, 설사 50%를 상회하였다고 하여도 피고 회사의 지휘·감독이 약화된 어떤 증거도 제시된 바가 없다는 점에서 원고들의 근로자성을 부정할 수 없다고 판시하였다.

그렇다면 고등법원은 왜 겸직 소득 50%를 근로자성 판단의 기준으로 삼았을까를 생각해보면, 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6998 판결의 영향을 받은 것이 아닐까 생각된다. 2009년의 판례는 채권추심원의 근로자성을 부정한 사안으로, 대법원은 채권추심원에게 회사의 ‘구체적인 지시·감독’이 없었다는 이유를 들고 있다. 2009년 대법원 판단에 대해서는 2006년 판례가 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결을 수정하여 ‘구체적인 지휘·감독’에서 ‘상당한 지휘·감독’으로 종속성의 판단 표지를 변경하였음에도 불구하고 그대로 지휘·감독의 구체성을 따졌다고 비판하는 견해가 있다.²⁾ 본 사안에서 원심인 고등법원이 위의 2009년 판례 또는 1994년 판례를 인용하지는 않았지만, 근로자성 판단의 핵심 요소인 근로자에 대한 ‘지휘·감독’의 정도를 매우 엄격히 판단한 것은 사실이며, 그 수치로 겸직 소득의 50%를 실시한 것은 지휘·감독의 구체성을 표현한 것으로 생각한다. 즉, 원심은 지휘·감독의 정도를 상당성이라는 질적 평가를 한 것이 아니라, 계량화된 구체성, 즉 양적 평가를 한 것이다. 그러나 종속성이라는 것은 사용자의 지휘·감독의 태양 등 여러 면을 종합적으로 평가해야 하는 것으로 수치로 나타낼 수가 없는 것이다. 따라서 대법원의 설시가 타당하다고 판단한다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

2) 조현주, 「원어민 강사와 채권추심원의 근로자성」, 『노동판례비평』 제20권, 민주사회를 위한 변호사모임, 2015, p.40.

관리직 자원봉사자의 근로기준법상 근로자성

- 대법원 2020. 7. 9. 선고 2018두38000 판결 -

【판결요지】

「근로기준법」(이하, 근로기준법)상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질, 즉 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. ... 지방자치단체의 요구로 주민센터에서 일하는 자원봉사자들을 총괄하는 업무와 이들에 대한 수당지급 업무, 주민센터 운영에 관한 회계업무를 추가로 수행하였다. 이러한 업무수행을 위하여 전일제로 다른 자원봉사자들보다 더 많은 시간 일하였으며, 이에 대하여 매달 적게는 약 550,000원, 많게는 약 800,000원에 달하는 상당한 돈을 지원금 명목으로 지급받았고, 추가로 지급받은 돈을 봉사실비 명목으로 지급된 돈과 모두 합산한 액수는 「최저임금법」(이하, 최저임금법)상의 월 최저임금액과 유사하거나 이를 상회한다. 추가된 업무에 따른 총근무시간과 지급받은 전체 금액 등을 고려하면, 이 사건 자원봉사자로서는 봉사실비와 지원금을 자신이 제공하는 근로의 대가로 인식하였던 것으로 보이고, 지방자치단체 측으로서도 이 사건 자원봉사자의 근로 제공이 무보수의 자원봉사활동의 범위를 벗어났다는 것을 인식하고 있었다고 보는 것이 합리적이다.

2000년대 이후로 자원봉사활동에 대한 사회적 인식이 높아지면서 자원봉사에 대한 여러 가지 제도적 장치와 정책들을 통하여 자원봉사활동을 촉진하고 지원하는 체계가 구축되어 왔다. 「자원봉사활동기본법」(이하, 자원봉사활동기본법)¹⁾은 자원봉사활동의 원칙을 “무보수성, 자발성, 공익성, 비영리성, 비정파성(非政派性), 비종파성(非宗派性)”으로 규정하면서(제2조 제2호), 자원봉사활동을 “개인 또는 단체가 지역사회·국가 및 인류사회를 위하여 대가 없이 자발적으로 시간과 노력을 제공하는 행위”로 규정하고 있다.

1) 2005년 8월 4일 제정(법률 제7669호)/2006년 2월 5일 시행.

자원봉사활동기본법 규정에서 보듯이 ‘무보수성’은 자원봉사활동의 핵심적 징표이다. 다만 그 구체적인 내용에 관해서는 여러 가지 견해가 있다. 자원봉사활동 참여에 대한 상대적 보수로서의 (임금과 같은) 대가가 없다는 것인지, 아니면 자원봉사활동이 금전적 대가를 포함하여 일체의 보상 없이 이루어진다는 의미인지 등은 법문상 명확하지 않다.²⁾ 다만 실태적으로는 실비 자원봉사제도가 주로 활용되는데, 교통비, 식비 등과 같은 최소한의 실비변상을 활동경비로 지원하고 있다. 또한 활동경비 외에도 다양한 인정 대가와 보상이 늘어가고 있는 실정이다.

문제는 자원봉사에 대하여 ‘무대가성’, 더 나아가 ‘자율성’이 유연하게 적용되면서, 근로자의 노무제공과 경계가 모호해지고 있다는 점이다. 대상판결 역시 이러한 맥락에서 주민자치센터 시설관리 운영을 위한 자원봉사자, 특히 자원봉사 관리직 역할을 하는 자의 근로자성을 다룬 사건이다. 특기할 만한 점은 이 사건에서의 근로자 지위(부당해고구제재심판정취소)는 1여 년 전의 대법원(2019. 5. 30. 선고 대법원 2017두62235 판결³⁾)에서 이미 확인한 바 있다는 점이다. 따라서 이 사건은 근로자성을 다시 한번 검토하면서, 불완전이행에 따른 이행강제금 처분의 적정성(복귀 후의 근무조건과 해고기간 동안의 임금상당액 지급 적정성)을 다룬 사건이다(이행강제금부과처분취소청구의 소).

원고인 성남시는 주민자치센터 시설관리 운영을 위한 자원봉사자를 주간(월~금) 2교대/1일 20,000원(실비보상금)으로 모집하였다. 이에 B는 2009. 1. 3. 자원봉사자로 위촉되었으며, 2013. 1. 2.부로 재위촉되었다.⁴⁾ B는 재위촉 이후 자원봉사자들의 총괄관리자로 지정되어 전일제(09:00~18:00)로 주민센터 사무실에서 근무하면서, 총무주무관으로부터 근무일지 및 근무상황부 등의 점검을 받았다. B는 1일당 20,000원의 봉사실비 이외에 총괄관리자 지정 전

2) 이러한 취지로는 하태희(2020), 「자원봉사자의 근로자성에 대한 연구- 판례를 중심으로」, 『동북아법연구』 13(3), p.527를 참조하라.

3) 이 판결에 대한 리뷰로는 권오상(2019), 「주민자치센터 시설관리 운영을 위한 자원봉사자의 근로기준법상 근로자성」, 『노동리뷰』 9월호를 참조하였다.

4) 재위촉 당시 자원봉사자 모집공고에서는 근무일시를 주간 오전(2명), 주간 오후(2명), 야간 및 주말(1명)로 나누었고, 담당업무에는 ‘수강생 모집 및 강사(자원봉사자) 관리 보조, 프로그램 안내상담’이 추가되었다.

(2009. 2~ 2013. 1)까지는 매달 또는 간헐적으로 120,000원 내지 220,000원을 추가로 받았고, 총괄관리자로 지정된 이후에는 총괄관리 업무에 대하여 매달 550,000원 내지 600,000원을, 추가적으로 회계책임자로서의 업무수행에 대하여 매달 100,000원 내지 200,000원을 받았다.

이후 성남시는 2015. 12. 31. B에 대한 2016년도 시설자원봉사자 재위촉을 거부하였다. 이에 대하여 B는 이 사건 재위촉 거부가 부당해고라고 주장하면서, 성남시를 피신청인으로 하여 부당해고 구제신청을 하였다. 이에 대하여 경기지방노동위원회와 중앙노동위원회는 B가 재위촉 거부 전에 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」에 따라 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되었으며, 이 사건 재위촉 거부는 정당한 해고사유가 없을 뿐만 아니라 절차도 위반되어 부당해고에 해당한다고 판단하였다. 그리고 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액의 지급을 명하는 구제명령을 하였다.

성남시는 2016. 6. 1.자로 자원봉사자로 복직시키면서 통상 자원봉사자의 근무조건(주·야간 포함 일 4시간씩 주 4회, 월평균 22일 동안 근무)을 통보하고, 임금상당액 275만 원(55만 원× 5개월)을 지급하였다. 이에 대하여 B는 기존 근로조건이 일 8시간, 주 5회 근무였으며 이에 따라 월평균 1,350,000원을 지급받았다고 진술하였으며, 경기지방노동위원회는 구제명령이 불완전이 행되었다는 점을 근거로 근로기준법 제33조에 따른 이행강제금 800만 원을 부과하기로 결정한 후 2016. 7. 8. 원고에게 납부할 것을 통지하였다. 그런데 성남시 측에서는 B와의 관계는 근로계약관계가 아니므로 사용자성이 부정된다는 취지로 이행강제금 부과처분 취소를 청구하였다.⁵⁾

원심(서울고등법원 2018. 2. 2. 선고 2017누59125 판결)은 이 사건 주민자치센터 시설관리 운영을 위한 자원봉사자는 사회복지 및 보건 증진, 지역사회 개발·발전, 그 밖에 공익사업의 수행 또는 주민복리의 증진에 필요한 활동 등의 공익활동(자원봉사활동기본법 제7조 제1호, 제2호, 제15호)의 일환으로 이 사건 주민센터에서 시설관리 및 프로그램 보조업무 등을 수행한 것이고,

5) 근로기준법 제33조(이행강제금) ① 노동위원회는 구제명령(구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 포함한다. 이하, 이 조에서 같다)을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2천만 원 이하의 이행강제금을 부과한다.

지방자치단체 역시 자원봉사자로 위촉하여 처우해 온 것일 뿐으로, 이 사건 자원봉사자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 볼 수 없으며,⁶⁾ 이에 따라 성남시 역시 사용자가 아니므로 이행강제금의 대상이 되지 않는다고 판단하였다.

그러나 대상판결은 ① 주민센터에서 일하는 자원봉사자들을 총괄하는 업무와 이들에 대한 수당지급 업무, 주민센터 운영에 관한 회계업무를 전일제로 수행하면서 다른 자원봉사자들보다 더 많은 시간 일한 점, ② 매달 적게는 약 550,000원, 많게는 약 800,000원에 달하는 상당한 돈을 지원금 명목으로 지급받았고, 추가로 지급받은 돈을 봉사실비 명목으로 지급된 돈과 모두 합산한 액수는 최저임금법상의 월 최저임금액과 유사하거나 이를 상회하는 점, ③ 이 사건 자원봉사자로서는 봉사실비와 지원금을 자신이 제공하는 근로의 대가로 인식하였던 것으로 보이고, 지방자치단체 측으로서도 이 사건 자원봉사자의 근로 제공이 무보수의 자원봉사활동의 범위를 벗어났다는 것을 인식하고 있었다고 보는 것이 합리적이라는 점, ④ 원고인 지방자치단체가 이 사건 자원봉사자의 근무장소와 근무시간을 지정하였고, 이 사건 자원봉사자로 하여금 근무일지와 근무상황부를 작성하도록 하였으며, 이 사건 자원봉사자는 그 밖에 원고인 지방자치단체 소속 지방공무원인 총무주무관으로부터 지시를 받아 각종 업무자료를 작성 및 제출하였고, 근무일지를 확인받기도 하는 등 업무수행에 관한 상당한 지휘·감독을 받았던 점 등을 근거로, 이 사건 자원봉사자의 근로자성을 인정하고 성남시 역시 사용자로서 이행강제금 부과처분의 대상이 된다고 판단하였다.

기존 자원봉사자의 근로자성이 다투어진 판결들에서는, 예컨대 배움터지킴이 사건(대구지방법원 2015. 8. 20. 선고 2015나 301128 판결)이나 문화관광해설사 사건(창원지방법원 2015. 5. 26. 선고 2015구단173 판결)과 같이,⁷⁾ 그 영역에서의 통상적인 자원봉사의 근로자성을 검토한 사건들인 반면, 대상판결은 통상 자원봉사자에서 자원봉사 총괄관리자로서 전환되어 일했다는 점

6) 이는 이 사건의 근로자성을 우선적으로 판단한 서울고등법원 2017. 9. 7. 선고 2017누50920 판결의 판시사항과 동일하다.

7) 이 두 사건에서는 법원은 자원봉사자의 근로자성을 부정한 바 있다. 이에 관한 분석으로는 노호창(2016), 「자원봉사자에 관한 법적 쟁점의 연구」, 『노동법학』 제58호를 참조하라.

이 특징적이다. 즉 대상판결은 애초에 자원봉사자로서의 무대가성과 자율성을 갖춘 경우라 할지라도, 그 사람에 대하여 업무와 그에 상응하는 대가가 추가적으로 부여되는 경우 근로자의 노무제공으로 전환될 수 있다는 점을 확인했다는 점에 의의가 있다.⁸⁾

김근주(한국노동연구원 연구위원)

8) 한편, 이 사건에서 통상 자원봉사자와 동일한 일을 수행하던 시기에는 해당 근로자의 근로자성이 부정되지만, 2013. 1. 2.부로 재위촉되면서 근무시간과 업무의 범위가 확대되던 시점에서 근로자로서의 전환이 이루어졌다고 판단된다. 대상판결과 2019. 5. 30. 선고 대법원 2017두62235 판결 모두 해당 자원봉사자가 어떠한 시점에서 자원봉사자로서의 무대가성의 한계에서 벗어났는지를 명확하게 밝히고 있지 않다. 향후 유사판결에서는 명확한 법리적인 해석이 요청된다.

백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단

- 서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2018나2054232 판결 -

【판결요지】

피고가 원고들에게 매출 목표와 경쟁사 대비 점유율 목표를 제시하고 매출 현황을 파악하거나 매출이 부진한 매장의 분발을 촉구하는 방법으로 목표 달성을 독려한 것은, 피고뿐만 아니라 원고들과도 밀접한 경제적 이해관계가 있으므로 이를 곧바로 지휘·감독권의 행사라고 단정할 수 없다. 피고가 원고들에게 경쟁사 브랜드의 매출 현황을 파악하도록 한 것 역시 백화점 매장 퇴출 방지라는 원·피고의 공통된 목적을 위한 협조와 협업으로 볼 수 있다. 원고들이 판매하는 제품의 판매 가격, 할인 판매 대상, 할인 가격의 최종적인 결정을 피고가 하였다 할지라도, 이를 반드시 원·피고 간의 종속적인 관계에서 비롯된 것이라고 보긴 어렵다. 원고들이 백화점 개·폐점 시간에 따라 근무하여야 하는 것은 원고가 근무하는 장소의 특성에서 비롯된 것이며, 피고가 이를 상시적으로 관리하였다고 볼 객관적 증거는 없다. 원고들이 판매 금액에 연동한 수수료를 지급받고 지출 내역을 자유롭게 조정할 수 있었던 점 등의 사정은 결국 원고들이 노무 제공을 통한 이윤 창출과 손실 초래의 위험을 스스로 부담하고 있음을 시사한다.

(1) 이 사건은 퇴직금 청구소송으로 원고들이 근로자에 해당하는지가 문제되었는데, 1심은 근로자성을 인정하였으나(서울중앙지방법원 2018. 9. 6. 선고, 2017가합526959 판결), 2심인 대상판결은 근로자성을 부정하였다. 하지만 양 판결이 기준으로 삼았던 근로자성 인정법리가 달랐던 것은 아니다. 1심 판결과 대상판결은 동일하게 근로자성 인정 여부에 관한 대법원의 판단 기준(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 이하, 참고판결)을 적용하고 있다. 그렇다면 동일한 사실관계, 동일한 법리에도 불구하고 결론이 달라진 이유는 무엇일까? 이에 관한 탐색을 위해 기초사실과 1·2심 판결의 요

지를 먼저 살피기로 한다.

이 사건의 기초사실은 다음과 같다. 피고는 의류 및 피혁 제품의 제조 및 판매업 등을 사업 목적으로 하는 회사로, 백화점에 매장을 임차하였다. 피고와 원고들은 ‘판매대행계약서’라는 명칭의 계약서를 작성하였고, 원고들은 계약서의 내용에 따른 업무를 수행하였다. 이 계약은 원고들이 피고가 원고별로 지정한 백화점 내 매장에서 피고의 의류 및 피혁 제품을 판매하는 업무를 수행하고 피고로부터 그 대가로 ‘수수료’를 지급받는 내용이었다.

참고판결이 제시한 근로자성 판단기준에 따라 1·2심판결이 각 요소별로 실시한 사항을 비교하면 아래 표와 같다.

대상사건에 관한 1심 및 2심의 근로자성 판단

구분	1심판결(근로자성 인정)	대상판결(근로자성 부정)
업무내용의 결정	<ul style="list-style-type: none"> • (피고의 결정권한 인정) 매장 위치와 판매가격을 피고가 결정, 판촉행사를 피고가 결정 	<ul style="list-style-type: none"> • 피고의 결정권한은 인정되나, 이는 원고가 마진을 고려하지 않고 판매하는 행위를 방지하려는 피고의 수단으로 이해. 판촉행사와 관해서 원고는 의견 제시 등이 가능하였음
취업규칙의 적용 / 근로관계의 계속성 및 전속성의 유무, 정도	<ul style="list-style-type: none"> • (계속성·전속성 인정) 원고는 계속적으로 피고의 제품만을 판매할 의무를 부담. 이를 수수료, 지원금(이상은 피고→원고), 거래보증금(원고→피고) 및 계약의 해지나 갱신 거절로 뒷받침. 취업규칙의 부적용만으로 근로자성 부정 불가 	<ul style="list-style-type: none"> • (계속성·전속성 부정) 취업규칙의 부적용, 원고의 다른 매장 운영 병행 실태 등은 업무의 전속성이 부정됨을 뒷받침
상당한 지휘감독	<ul style="list-style-type: none"> • (피고의 지휘감독 인정) 피고는 원고에게 달성 목표(매출액, 점유율)를 제시, 실적의 일별·주별·월별 현황을 전산으로 확인, 실적의 3등급 평가 및 미흡 원인 진단·전달. 원고는 피고 브랜드의 마켓 포지션 관리를 수행. 상당한 지휘감독을 계약 해지나 갱신 거절로 뒷받침 	<ul style="list-style-type: none"> • (피고의 지휘감독 부정) 목표관리는 백화점 매출 퇴출 방지라는 원·피고의 공동된 목적을 위한 협조와 협업으로 이해



구분	1심판결(근로자성 인정)	대상판결(근로자성 부정)
근무시간과 근무장소	<ul style="list-style-type: none"> • 피고가 지정한 매장에서 해당 백화점의 영업시간에 맞춰 피고의 근무를 구속. 원고의 근태 보고 및 피고의 불시 확인(전화, 방문) 존재. 근무의 구속을 계약 해지나 갱신 거절로 뒷받침 	<ul style="list-style-type: none"> • 피고는 원고의 의사를 반영하여 근무 매장을 결정. 근무시간은 근무하는 백화점에 따라 정해짐. 근태 보고는 정보 제공에 불과. 검증하였다고 볼 증거가 없어 피고가 원고의 근태를 사전에 통제하였다고 볼 수 없음
자신의 계산을 통한 사업의 영위 / 이윤 창출과 손실 초래의 위험 / 보수의 성격	<ul style="list-style-type: none"> • 판매조력인원의 숫자 및 채용에 피고가 관여하였으므로, 원고가 판매조력인원으로 하여금 업무를 대체하게 했다고 할 수 없음. 기본급이나 고정급이 없었다는 사정만으로 근로자성 부정 불가 	<ul style="list-style-type: none"> • 판매대행계약에서 예정한 판매조력인원 수가 관철되지 않았으며, 그 급여는 원고가 정하였음. 경우에 따라서는 원고들 사이에서 판매조력인원을 빌리기도 하였으며, 판매조력인원이 원고들의 업무를 일정 부분 대행하는 것도 가능하였음. 원고가 판매금액에 연동한 수수료를 지급받고 지출 내역을 자유롭게 조정할 수 있었던 점 등의 사정은 결국 원고가 이윤창출과 손실 초래의 위험을 스스로 부담하고 있음을 시사함

(2) 대상판결의 특징이라면 1심판결에 비해 매우 엄격한 형태로, 다르게 표현하자면 고전적 기업의 근로관계를 기준으로 종속성을 이해하고 있다는 것이다. 요소별 판단에 관해 간략하게나마 언급해보기로 한다.

첫째, 대상판결은 1심판결과 같이 업무내용의 결정권한이 피고에 있다고 인정하면서도 이를 피고의 손해를 방지하기 위한 수단으로 이해하여, 이것만으로 종속성이 인정된다고 단정할 수 없다고 한다. 하지만 이러한 논리라면 업무내용의 결정 권한이 종속성의 표지가 될 수 있는가에 관해 의문이 생긴다. 시장경제 내에서 결정권한 보유자의 이익과 무관하게 결정되는 업무내용은 상정하기 어렵기 때문이다. 결정되는 모든 업무내용은 해당 업무가 결정권자에게 이익이 된다는 전제를 가진다. 업무내용의 결정권한은 이익의 최종 귀속자가 보유하게 되며, 업무내용의 결정권한을 보유한다는 것은 이익의 최종 귀속자가 된다는 의미다. 만일 이를 부정하기 위해서는 뒤집을 만한 근거가 필요하다.

이와 관련하여 대상판결은 관촉행사에 있어 원고의 의견 제시 등이 가능하였음을 적시한다. 하지만 업무담당자의 의견을 묻고, 이를 수렴하여 결정하는 것은 기업의 자연스러운 의사결정 프로세스에 불과하다. 경영학에서는 오래전부터 임파워먼트(Empowerment)의 중요성을 강조하고 있다. 임파워먼트는 조직의 의욕과 성과를 이끌어내기 위해 조직 현장의 구성원에게 재량을 위임하는 것을 의미하는데, 구성원이 직접적으로 의사결정에 참여하여 고객 니즈에 신속히 대응하고 현장에서의 성과를 높이기 위해 활용된다.¹⁾ GE와 같은 회사에서는 결정권한을 가장 낮은 현장에 전부 주는 것을 임파워먼트라고 하기도 한다.²⁾ 따라서 피고의 업무 내용 결정에 원고의 의견이 반영되었다고 하여, 이를 이유로 근로관계의 종속성을 부정하는 것은 이해할 수 없는 일이다. 결국 대상판결은 종속성의 표지로서 업무내용의 결정권을 행해화하고 있는 것이다.

둘째, 취업규칙의 적용, 근로계약의 전속성 및 계속성 관련이다. 먼저 취업규칙이 적용된다는 것은 근로자성 인정에 있어 충분조건에 불과하다는 것을 짚고 넘어가기로 하자. 이는 곧 취업규칙이 만들어지지 않았다거나 적용되지 않는다는 것으로 근로자성이 부정되는 것이 아니라는 의미이다. 취업규칙의 작성 권한 및 적용 범위 확정 권한은 사용자에게 있기 때문이다. 그 다음 근로계약의 전속성 및 계속성 부분인바, 대상판결이 1심판결과는 다르게 근로계약의 계속성과 관련해서는 언급하지 않았으므로 전속성만을 논하기로 한다. 대상판결은 원고들 중 1인이 다른 매장을 함께 운영한 점을 들어 업무의 전속성을 부정하였다. 하지만 전속성이란 것이 유무로 나눌 수 있는 것만은 아니다. 대상판결에서와 같이 원고가 해당 매장 밖에서 다른 일을 할 수 있었는지에 초점을 맞춘다면 전속성은 부정되었지만, 1심 판결이 실시한 “원고들이 피고와 경쟁관계에 있는 업체의 의류 및 피혁 제품을 판매할 경우 피고는 이 사건 계약을 해지할 수 있었”음에 초점을 맞춘다면 전속성은 인정될 것이다. 따라서 전속성은 ‘유무’보다는 ‘정도’의 문제로 볼 필요가 있다. 참고판결이 종속성의 판단 요소로 “근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도”(밑줄은 필자)라고 실시한 것 또한 이러한 이

1) (사)한국기업교육학회, 『HRD용어사전』, (주)중앙경제, 2010.

2) 임창희, 『조직행동』, 비엔엠북스, 2009, p.432.



유 때문일 것이다.

셋째, 상당한 지휘·감독 관련이다. 이에 대해서는 이 사건의 목표관리를 지휘·감독이 아닌, 대상판결이 실시하듯 원·피고의 공통된 목적을 위한 협조와 협업으로 이해할 수 있느냐가 문제된다. 표준국어대사전을 보자면, 지휘는 “목적을 효과적으로 이루기 위하여 단체의 행동을 통솔함”으로, 감독은 “일이나 사람 따위가 잘못되지 아니하도록 살피어 단속함, 또는 일의 전체를 지휘함”으로 정의된다. 또한 협조는 “힘을 합하여 서로 조화를 이룸, 생각이나 이해가 대립되는 쌍방이 평온하게 상호 간의 문제를 협력하여 해결하려 함”으로, 협력은 “힘을 합하여 서로 도움”으로 정의된다. 이러한 뜻풀이에 기대어본다면 지휘·감독과 협조·협력은 양 당사자의 관계가 수직적이냐, 수평적이냐에 차이를 보인다. 하지만 관계가 수직적이냐, 수평적이냐라는 추상적인 질문은 문제의 해결에 아무런 도움을 주지 못한다. 관계의 특징을 대입해 질문을 해 볼 필요가 있다. ‘상대방의 요구에 대해 자유롭게 거절할 수 있는가?’가 그 질문이 될 것이다. 만일 관계가 수평적이라면 상대방의 요구에 대한 거절이 자유로웠지만, 수직적이라면 그렇지 못할 것이다. 요구 거절시 예상되는 불이익이 존재한다면, 그 불이익에 대응해 조치할 수단이 거의 없거나 모호하여 승낙의 자유가 제한되고 있다면, 이 관계는 수직적인 관계라고 보아야 할 것이다. 이 사건을 보자면 피고는 원고에 대해 목표관리를 시행하였고, 원고의 목표 달성 및 수행 여부에 따라 계약 해지 혹은 갱신 거절을 결정하였다. 이에 원고가 피고의 목표관리 요구에 대해 거절하는 것은 대단히 어려운 일이었음을 짐작할 수 있게 된다. 따라서 이 사건에서 피고의 원고에 대한 지휘·감독은 인정되어야 할 것이다.

넷째, 근무 시간·장소의 지정 및 구속 관련이다. 대상판결은 먼저 피고가 원고의 의사를 들어 근무 매장을 결정했다고 한다. 하지만 원고의 의사를 확인했다는 것이 피고의 근무 장소 지정 권한을 없애는 것은 아니다. 전통적인 근로관계가 형성되어 있는 다른 기업에서도 직원의 의견 수렴 혹은 근무 장소 등에 관한 인사상담은 일반화되어 있다. 대상판결이 실시하듯 원고의 근무 시간의 결정에 있어 피고가 제외되었다고 볼 수도 없다. 1심판결이 인정한 바에 따르면 원고의 업무는 “피고가 지정한 백화점 매장에서 그 백화점의 영업시간 동안 피고의 의류 및 피혁 제품만을 판매”하는 것이었기에, 피고는 원고의 근무 시간을 해당 매장이 속한 백화점의 영업시간으로 특정해

놓은 것으로 봄이 타당하기 때문이다. 한편, 대상판결은 피고가 원고의 출·퇴근 여부나 근무 여부를 사후적·전체적으로 보고받았을 뿐 이를 관리하였다고 볼 객관적 증거가 없으며, 원고가 행한 휴가계획서의 제출은 정보 제공 차원에서 행해진 것에 불과하다고 한다. 하지만 계약의 해지나 계약기간 만료 후 갱신의 거절이라는 권한이 피고에게 부여되어 있는 한, 근태 관련 보고서 혹은 계획서의 제출은 그 자체만으로도 원고를 구속하게 된다. 즉, 피고가 보고서 및 계획서의 수령 후 원고에게 특정한 조치를 취할 것이 예정되어있지 않다고 할지라도 말이다.

다섯째, 이윤 창출과 손실 초래의 위험 관련이다. 대상판결은 원고들이 판매 금액에 연동한 수수료를 지급받고 지출 내역을 자유롭게 조정할 수 있었던 점 등의 사정을 들어, 원고들이 이윤 창출과 손실 초래의 위험을 스스로 부담하고 있다고 판단했다. 하지만 판결문에 적시된 사실만으로는, 이윤 창출의 책임은 별론으로 하고, 손실 초래의 위험 부담을 인정하기는 어려워 보인다. 원고가 지급받은 금전은 판매 금액에 연동한 수수료여서, 이윤 창출이 줄어들 가능성과는 다르게 손실이 발생할 가능성은 없기 때문이다. 결국 이윤 창출과 손실 초래의 위험을 모두 부담하는 이는 피고일 뿐이다. 이는 대상판결도 인정하는바, ‘업무의 내용과 수행 방식’ 판단 부분에서 “원고들은 제품의 판매 금액을 기준으로 수수료를 지급받지만, 피고는 제품의 소유자로 재고 발생이나 마진율에 따른 손해를 최종적으로 부담한다.”고 서술한다.

(3) 그렇다면 대상판결은 왜 고전적 기업의 근로관계를 상정하고 종속성을 판단한 것일까? 이 사건의 1심판결에 대한 리뷰는 대상판결의 결론을 짐작하고 있었다는 듯이 그 원인을 정확히 진단하고 있다. “노동사건에서는 법관의 노동에 대한 인식과 노동현장에 대한 이해도가 중요한 재판의 전제조건이 된다.”³⁾ 대상판결을 내린 법관의 인식이 지금의 노동현실을 못 따라가는 것이다.

한편 성질에 관한 판단은 상대적이고 주관적인 것에 불과하다. 이것은 특정의 개체 혹은 사건이 복수의 성질을 지니고 있다는 의미이며, 때에 따라서는 상반되는 성질을 함께 보유하기도 함을 말한다. ‘종속성’ 역시 마찬가지로

3) 노상현, 「백화점에서 근무하는 위탁판매원의 근로자성 판단」, 『월간 노동리뷰』 2019년 1월호, 한국노동연구원, p.144.

다. 무엇인가를 종속적이라고 규정짓기(규범화하기) 전까지, 그 무엇인가에는 ‘종속성’과 함께 이에 상반되는 ‘독립성’이 혼재한다.⁴⁾ 하지만 종속적이라고 규정짓는 순간, 그 개체 혹은 사건이 가지고 있는 독립성은 법률관계에서 사라지게 된다. 그 반대 또한 마찬가지다.

따라서 종속성 여부에 관한 신중한 판단을 위해서는 ‘종속적인가?’라는 질문만을 해서는 안 된다. ‘종속적인가?’와 함께 ‘독립적인가?’라는 질문이 함께 행해져야 한다. 둘은 다른 질문이다. 법관 혹은 사건에 대한 해석자는 이 두 가지 질문을 통해 자신이 가지는 판단의 공백 혹은 중첩을 경험하게 된다. 규범상으로는 종속적이라면 비독립적이며, 독립적이라면 비종속적이 된다. 하지만 개별 사건에 부딪힌 인간의 인식은 이와 다르게 흘러갈 수 있다. 개별 사건에 관해 ‘종속적인가?’라는 질문에 부정적인 답을 한 사람이라도, (앞의 질문과 답을 고려치 않는다면, 혹은 질문의 순서를 바꾼다면) ‘독립적인가?’라는 질문에도 부정적으로 대답할 수가 있다. 혹은 양 질문 모두에 긍정적인 답을 할 수도 있다. 전자라면 판단의 공백이, 후자라면 판단의 중첩이 발생한다. 이것은 인간이 가진 인식의 모순이 아니라 자연스러움이다. 질문에 대응하여 인식의 틀이 구성되기 때문이다.

종속성 여부의 신중한 판단을 위해서는 이러한 인간 인식의 자연스러움을 인정하고 받아들일 필요가 있다. 판단의 공백 혹은 중첩을 경험하게 되면 우리의 인식은 양자의 비교형량으로 연결될 수 있게 된다. 이 비교형량 역시 해석자의 주관에 달렸지만, 적어도 한 가지 질문으로 형성된 틀에서의 결론 보다는 신중해질 수 있다.

양승광(법학박사)

4) 표준국어대사전에 따르면 ‘종속’의 반의어는 ‘독립’이다.

창작이라는 ‘노동’

: 영화제작 종사자의 근로자성 판단

- 서울동부지방법원 2018. 10. 4. 선고 2018고단1331 판결 -
- 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도9688 판결 -

【판결요지】

이 사건 스태프들은 매월 고정된 급여 또는 정해진 총액을 지급받았을 뿐 달리 개인적인 방법으로 수익을 취하지 않은 점, 피고인이 제공한 사무실에 출근하여 업무를 하였고 필요한 자재 등은 피고인이 제공한 점, 프로덕션 기간의 근무지는 촬영계획표에 따라 정해지고 근로자들이 근무장소를 변경할 재량은 없던 점, 피고인과 도급계약을 체결했다고 보기 어려운 점, 팀장의 지시에 따라 일하고 업무결과 보고를 했던 점, 계약서에서 스태프들의 제3자 대상 용역계약을 금지하고 있어 이 사업장에 대한 전속성이 인정되는 점, 스태프들이 4대보험에 가입되어 있지 않지만 이는 피고인의 비용 절감이 목적이었던 사정 등을 종합하면 이들은 임금을 목적으로 사용종속적 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 볼 것이지, 자신의 계산으로 사업을 영위하거나 노무제공을 통한 이윤 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는 개인사업자로 보기 어렵다.

1. 사실관계와 판결요지

대상판결의 피고는 영화 제작사를 운영하는 사용자이다. 피고 회사에서는 총 20명의 영화제작 스태프들이 2016. 12. 26 ~ 2017. 4. 22. 사이 기간에 각각 근무했는데, 피고는 이들에게 퇴직일로부터 14일 내 보수를 지급하지 않아 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 위반으로 기소되었다. 해당 기간 20명의 근로에 대한 체불임금 총액은 4천 6백만 원 가량이었다.

대상판결은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따

라 판단해야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.”(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결 등 참조)는 기본 법리를 인용한 뒤, 다음의 사정들을 종합할 때 피고의 스태프들은 근로자가 맞다고 판단하였다.

① 스태프들은 매월 고정된 급여 또는 정해진 총액을 지급받았을 뿐 달리 개인적 방법으로 수익을 취하지 않은 점, ② 프리 프로덕션 기간(pre-production, 촬영 시작 전의 준비기간)에는 항상 대략 오전 10시경 피고인이 제공한 사무실에 출근하여 업무를 시작하고, 업무에 필요한 자재를 피고인이 제공했다는 점, ③ 프로덕션 기간(촬영 시작 이후)에는 각 촬영장에 가서 근무하는데, 이 때 각 스태프들의 근무지는 월간 또는 일일 촬영계획표에 따라 정해지고 피해자 스스로 근무 장소를 변경할 수는 없었던 점, ④ 피해자들의 채용, 근로기간, 급여 및 해고 등에 관해서는 각 팀의 팀장들의 의견이 큰 비중을 차지하기는 했으나 종국적인 결정은 피고인과의 협의를 거쳐야 했던 점, ⑤ 피해자들은 팀장 지시에 따라 업무를 수행하고 결과를 팀장에게 보고했던 점, ⑥ 피해자들과 사업장 사이에 작성된 ‘스태프계약서’에서 계약기간 중에는 제3자에게 용역을 제공하지 말라는 독점 조항이 있어 이 사업장에 대한 전속성이 인정되는 점, ⑦ 피해자들이 4대보험에 가입되어 있지 않았으나, 이는 피고인의 비용 절감을 위한 것일 뿐이라고 보았다.

그러므로 이들은 임금을 목적으로 사용종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근로자이며, 자신의 계산으로 사업을 영위하거나 노무제공을 통한 이윤 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는 개인사업자로 보

기 어렵다고 판시했다.

2. 평 가

대상판결은 영화 제작 스태프들의 근로기준법상 근로자성을 명확히 인정 한 첫 판결이라는 점에서 의의가 있다. 영화 제작은 그 용어에서 알 수 있듯 (“film production”) 영화라는 종합적 문화 상품을 ‘생산’하는 산업화된 과정이므로 고도의 노동이 요구되고 일반 산업현장과 마찬가지로 고용관계가 존재 함에도 불구하고, 그간 영화산업 종사자들은 여러 측면에서 노동법의 보호 로부터 배제되어 있었다.¹⁾

첫째, 투자자-제작사-영화감독으로 이어지는 다중의 이해관계자가 얽혀 있 다. 대상판결처럼 스태프들이 계약을 체결하는 상대방은 대개 제작사이지만 실제 밀착해서 업무를 시키는 것은 영화감독인 경우가 많으므로 문제 발생 시 사용자 책임을 서로 회피하기 쉬운 구조다. 둘째, 제작사와 스태프는 근 로계약이 아닌 형식상 도급계약을 체결하는 경우가 대부분인데, 예술 분야 특성상 창작을 위한 일련의 과정을 ‘노동이 아닌 것’으로 여기는 관행이 심 했기 때문이다. 셋째, 영화 촬영 시 목표하는 장면이 성공적으로 촬영될 때 까지 작업의 연속성을 확보해야 하는 사정상 스태프들의 장시간 노동을 당 연시해 온 문제도 있었다. 과거에는 ‘영화제작 및 흥행업’이 근로기준법 제 59조의 근로시간 및 휴게시간 특례업종 중 하나여서, 사용자가 근로자대표 와 서면 합의만 거치면 주 52시간을 초과하여 일을 시키거나 휴게시간을 변 경할 수 있었다. 영화계 종사자들의 지나친 장시간 노동이 계속 문제로 지적 되자 지난 2018년 근로기준법 개정 때 비로소 특례업종에서 삭제된 바 있다.

대상판결에서는 스태프들이 근로자인지 여부를 판단함에 있어 계약 문언 보다 이들의 업무 현실을 정확히 파악하려 한 노력이 보이는데, 특히 다음의 두 대목이 그렇다. 첫째, 대상판결은 스태프들의 채용, 근로기간, 급여 및 해 고 등에 대해 피고인이 아닌 팀장들의 의견이 비중 있게 작용한다는 사실만 으로 스태프계약이 근로계약이 아닌 도급계약으로 해석되면 안 된다고 했다.

1) 김익상·김승경, 「표준근로계약서 도입 후 영화제작현장의 근로 환경 변화에 관한 연구」, 『씨네포럼』 제21호, 2017, pp.141~142.

그 이유는 “각 팀별로 주어진 일을 완성하여야 하는 영화제작이라는 업무의 특성상 각 팀장들이 자신이 선호하는 직원들을 채용하기를 위하여 피고인이 직원 채용에 관하여 많은 권한을 각 팀장들에게 주었기 때문”이라고 보았다. 둘째, 스태프들은 피고인으로부터 직접 업무 지시를 받거나 세부적인 업무 내용을 보고하는 경우는 없었고 주로 팀장의 지시에 따라 일한 뒤 그 결과를 팀장에게 보고하는 방식이었는데, 이는 “팀장에게 업무 내용에 관해 많은 재량이 부여되어 있기 때문”이며 피고인은 팀장을 거쳐 업무보고를 받게 된다는 점을 밝혔다.

대상판결은 피고의 항소 후 2심(서울동부지방법원 2019. 6. 20. 선고 2018노1443판결)에서도 원심 내용을 확정했고, 이후 최근 대법원에서도 최종적으로 피고의 상고를 기각했다(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도9688 판결). 특히 2심 판결에서는 원심 내용을 긍정하면서 스태프들을 근로기준법상 근로자로 보아야 하는 몇 가지 이유를 덧붙여 눈길을 끈다. “피고인은 이 사건 영화 제작 방향을 설정하고 각 부서 제작과정을 총괄하는 권한을 보유하고 … 각 부서 책임자를 통해 소속된 스태프들의 업무를 통제할 수 있던 점, 스태프들이 손실의 위험을 부담하지는 않았다는 점, 계약 내용에 따르면 스태프들의 고용 및 해고에 대한 권한을 피고가 보유하고, 스태프들은 구체적 업무 분담과 수행에 관하여 상급자 또는 피고인이 위임한 직책상 상급자의 지시에 따르도록 규정된 점”등을 들었고, 또한 “최근 영화제작자들과 근로자들 사이에는 표준계약서 등을 활용하여 근로기준법 적용을 전제로 고용계약이 이루어지는 경우가 늘어나고 있는바, 이 사건 사업장에서 노무를 제공한 스태프들의 근무 형태가 다른 영화 제작과 다르다고 보기 어렵다.”는 언급을 하여 영화산업에서 최근 종사자들을 보호하려는 동향을 적극적으로 포착한 점도 고무적이다.

한편, 대상판결과 동일한 제작사에서 일했던 ‘감독급 스태프’(미술감독, 현장편집기사, 촬영감독, 녹음감독 등)도 대상판결 스태프들과 마찬가지로 임금체불로 제작사를 고소한 바 있는데, 최근 이 사안에 대해서도 서울동부지방법원은 근로자성을 인정할 수 있다고 판결했다.²⁾ 이 판결에서는 감독급 스태프들은 자신의 업무에 대해 “피고인으로부터 거의 지휘를 받지 않고 업

2) 서울동부지방법원 2020. 1. 22. 선고 2019고단2840 판결[근로기준법위반].

무를 수행한 측면”이 있기는 하지만, “이들의 급여는 기간을 정한 총액으로 약정되었지 특정한 업무의 완성을 목적으로 정한 것이 아니므로 도급으로는 도저히 볼 수 없다.”고 했고, 이들이 지휘, 감독을 받지 않은 것은 “업무가 전문적이어서 피고인 등이 개입하는 것이 필요없거나 적절하지 않아서이지 피고인에게 지휘, 감독할 권한이 없어서는 아니고 언제든지 지휘, 감독할 권한이 유보되어 있다.”고 한 점도 주목된다.

최근 법원은 근로자성 판단과 관련하여 입증요구되는 지휘·감독의 정도를 다소 완화하고, 업무의 과정만이 아닌 최종 성과가 통제되는 경우에도 사용종속관계를 점차 인정하는 경향을 보이고 있는데 영화제작 스태프들에 관한 대상판결도 이러한 흐름에 있는 것으로 보여 환영할 만하다. 아카데미상을 수상한 봉준호 감독의 <기생충>은 촬영 스태프들과 개별적으로 표준근로계약서를 작성하고 주 52시간을 준수했던 것으로도 많은 화제를 모은 바 있다. 좋은 성과는 누군가의 비정상적으로 힘든 노동 위에서만 가능한 것이 아니며, 더 이상 그래서도 안 될 것이다.

이다혜(서울대학교 고용복지법센터 연구위원, 서울대 강사)

대리운전기사의 노조법상 근로자성

- 부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결 -

【판결요지】

대리운전서비스업을 영위하는 원고들과 동업계약을 체결한 피고 대리운전기사들이 ‘부산대리운전산업노동조합’이라는 지역단위노동조합을 설립하여 설립신고증을 교부받은 후 원고들에게 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구하였으나, 원고들은 이에 불응하면서 피고를 상대로 근로자 지위부존재확인을 구한 사안에서, 피고들은 노동조합법상의 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다고 하여, 원고들의 청구를 기각한 판결.

대상판결은 대리운전기사(이하, 기사)의 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노조법)상 근로자성을 인정한 법원의 첫 번째 판결이다. 이 판결은 「산업재해보상보험법」상 특수형태근로종사자 혹은 그보다 넓은 개념인 이른바 ‘특고’의 「근로기준법」(이하, 근로기준법)상 근로자성과 구별되는] 노조법상 근로자성을 긍정하는 최근 판례의 경향을 따르고 있다. 이하에서는 대상판결의 주요 사실관계, 판단기준, 사건에의 적용 및 함의를 간략히 살펴본다.

1. 사실관계

(1) 이 사건 원고들은 (다른 대리운전 업체들과 함께 사용하는) 프로그램을 통해 고객의 대리운전 요청 정보를 공유하고 기사 배정을 공동으로 한다. 원고들은 각자 기사를 모집하고 동업계약을 체결한 후, 기사의 휴대전화에 동 프로그램을 설치해 주고 프로그램 접속에 필요한 운전기사 ID를 발급해 준다. 대리운전 영업이 이루어지는 방식은 일반배정과 우선배정으로 구별되는데 그 내용은 각각 다음과 같다.

일반배정의 경우 고객이 대리운전을 요청하기 위해 원고들이 운영하는 콜센터에 전화를 하면, 콜센터 직원은 이 프로그램에 고객의 위치와 목적지 및 원고들이 결정한 요금을 입력한다. 프로그램은 고객과 일정한 거리 내에

있는 기사들에게 이 정보 중 일부를 자동으로 전달하고, 기사들은 이 정보를 기초로 배정을 받는지 여부를 결정한다. 우선배정은 대리운전기사가 금요일을 제외한 평일 20:30경부터 다음날 01:30경까지 4회 이상, 금요일 20:30경부터 다음 날 02:30경까지 5회 이상의 대리운전을 각 수행한 경우, 이후 대리운전 배정을 우선하여 주는 방식이다. 우선배정을 받지 못하면 실질적으로 대리운전 배정을 거의 못 받게 된다.

기사들은 업무를 시작하기 위해 원고가 마련한 가상계좌에 돈을 미리 예치해야 한다. 원고들은 거기서 대리운전보험료 명목의 일정 금액, 프로그램 접속·사용료 명목의 1일당 500원, 관리비로 1일당 3,000원을 기본적으로 수취한다. 기사가 배정 요청에 응한 경우 1회당 3,000원의 수수료를 지급하고, 배정 요청에 응하여 고객 정보 전체를 확인한 후 이를 취소한 경우에는 1회당 500원의 취소 수수료를 지급하게 된다. 기사들은 대리운전 후 고객으로부터 현금 또는 신용카드를 통해 대리운전비를 받는데, 후자의 경우 원고들 등 대리운전업체로부터 가상계좌로 받게 된다.

(2) 원고들과 피고들이 체결한 동업계약에 따르면 기사들은 직접 대리운전 업무를 수행해야 하고(제4조②), 정장 또는 그에 준하는 복장 착용, 안전 운행, 교통범칙금 7일 이내 납부, 기사매뉴얼·고객응대요령 준수 등(제4조③-④), 원고들이 정하는 정책, 규칙, 업무지시를 따르고 (비)정기 교육에 참가해야 한다(제4조⑤). 대리운전 요금 수수료는 원고들이 정한다(제4조⑥). 한편 기사들은 출근 여부(제4조⑦)와 근무시간(영업시간)을 자유롭게 정할 수 있고(제6조), 쌍방은 언제든지 계약을 해지할 수 있다(제7조).

2. 판단기준

(1) 대법판결은 2018년 6월 선고된 ‘학습지교사 판결’¹⁾에 의해 정형화된 최근 노조법상 근로자 판단기준의 법리를 그대로 인용한다.²⁾ 즉 노조법상 근로자 정의규정과 실질판단의 원칙을 먼저 확인한다(“노동조합법상 근로

1) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결.

2) 다만 대법판결은 ‘방송연기자 판결’(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결)을 직접 인용하는데 이 판결은 ‘학습지교사 판결’을 인용한다.



자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무제공계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관 없다.”).

(2) 대상판결은 이어 근로자성 판단 요소로 ‘경제적·조직적 종속성’(①-③), ‘전속성·지속성’(④), 일정 정도의 ‘지휘·감독 관계’(⑤), ‘보수의 노무제공 대가성’(⑥) 등을 제시하며 6가지 징표를 예시한다. 구체적으로 ① “노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지,” ② “노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지,” ③ “노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지,” ④ “노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지,” ⑤ “사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지,” ⑥ “노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”.

(3) 마지막으로 대상판결은 노조법과 근로기준법의 목적을 구별하며, 노조법상 근로자성 판단의 일반적 지침으로서 ⑦ 해당 “노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 [근로자성을] 판단”할 것을 주문한다.

3. 사안예의 적용

(1) 대상판결은 앞에서 제시한 7가지 판단요소를 차례로 대상판결의 사실관계에 적용해 모두 적극적으로 판단한 후 피고들의 노조법상 근로자성을 인정했다. 즉 ① 대리운전 업무의 실태(겸업의 현실적 어려움, 우선배정의 필요성 등), 사건 노동조합의 조합원 자격요건(복수 회사와 계약한 기사 배제) 및 수수료·대리운전비의 지급구조(원고들이 피고들에게 지급)를 감안할 때 피고들의 원고들에 대한 소득의존성이 있고 대리운전비는 피고들이 제공한

노무의 대가로서 원고들이 지급한 것이다(⑥). 또한 ② 원고들이 일방적으로 피고들과의 계약조건(수수료·대리운전비 액수 등)을 정하며, ③ 피고들이 제공하는 대리운전 노무는 원고들의 대리운전 영업 영위에 필수적인 것이고, 피고들 등 기사들은 원고들 등 대리운전업체를 통해서만 대리운전영업 시장에 접근할 수 있다. ④ 원고들과 피고들 간 ‘동업관계’는 상당 기간 지속되었고 피고들은 원고들에 상당한 정도로 전속되어 있으며, ⑤ 원고들의 피고들에 대한 지휘·감독 사실이 (근로기준법상 근로자로 인정받을 정도는 아니라도) 어느 정도 존재한다.

(2) 마지막으로 대상판결은 전속성과 소득의존성을 노조법상 근로자성을 부정하는 근거로 활용하는 것에 신중할 것을 당부하며, 사건 ⑦ “원고들의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 원고들과 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있는 피고들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있”고 “경제적 약자의 지위에서 원고들에게 노무를 제공하는 피고들에게 [...] 집단적으로 단결함으로써 [...] 원고들과 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있는 권리 등 노동 3권을 보장하는 것이 「헌법」 제33조의 취지에도 부합한다.”고 판단했다.

4. 함 의

대상판결은 법리적 측면에서 새로운 판단기준을 제시한 것이 아니며 사실 관계도 비교적 명확하여 크게 쟁점이 될 만한, 즉 노조법상 근로자성 인정에 장애가 될 만한 사실적 요소도 선뜻 보이지 않는다. 다만 노조법상 근로자 개념에 대해 최근 판례가 확립한 공식을 대리운전기사의 사례에 처음으로 적용해 그 적극성을 확인한 사례로서 의의를 찾을 수 있다. 게다가 대리운전 기사는 「산업재해보상보험법 시행령」이 정하는 특수형태근로종사자의 한 종류이고, 대리운전은 현실에서 디지털 플랫폼을 매개로 서비스가 제공되기 용이한 업무 중 하나이다. 2018년 6월 이래 대상판결과 같은 법리가 적용된 직업 유형인 학습지 교사, 방송 연기자, 매점 운영자, 자동차 판매원과 비교해 대리운전은 디지털 플랫폼에 더욱 친화적이며, 대리운전기사는 플랫폼 노동 종사자로서 상대적으로 전속성과 소득의존성이 더 낮고 더 약한 정도



의 지휘·감독을 받을 개연성이 높다. 이러한 관점에서 볼 때 대상판결이 향후 전형적 플랫폼 노동 종사자의 노조법상 근로자성이 쟁점이 된 사건에 어떠한 영향을 줄 수 있을지 귀추가 주목된다.

남궁준(한국노동연구원 부연구위원)

타다의 법적 성격과 타다기사의 법적 지위

- 서울중앙지방법원 2020. 2. 19. 선고 2019고단7006 판결 -

【판결요지】

타다 서비스는 타다 이용자의 직접 운전 없이 이동 편의를 높이기 위해 분(分) 단위 예약 호출로써 피고인 쏘카(SOCAR)가 알선하여 타다 드라이버가 운전하는 타다 승합차를 타다 이용자가 필요한 시간에 주문형(on-demand)으로 “임차(렌트)”하는 일련의 계약관계가 피고인 VCNC의 모빌리티 플랫폼(Mobility Platform)에서 연결되어 구현되는 모바일 앱 기반 렌터카 서비스이고, 타다 이용자와 피고인 쏘카 사이에 전자적으로 초단기 승합차 임대차(렌트) 계약이 성립되었다고 보는 것이 타당하다.

타다 서비스가 불법의 유상여객운송사업(무면허 콜택시)에 해당하는지, 즉 타다 서비스가 「여객자동차운수사업법」 제34조 제3항 “자동차대여사업자는 다른 사람의 수요에 응하여 사업용 자동차를 사용하여 유상으로 여객을 운송하여서는 아니 되며, 누구든지 이를 알선하여서는 아니 된다.”라는 조항 위반에 해당하는지, 아니면 합법적인 운전자 알선형 렌터카 사업에 해당하는지, 즉 타다 서비스가 동법 동조 제2항 “누구든지 자동차대여사업자의 사업용 자동차를 임차한 자에게 운전자를 알선하여서는 아니 된다. 다만, 외국인이나 장애인 등 대통령령으로 정하는 경우에는 운전자를 알선할 수 있다.”라는 조항의 단서에서 예외적으로 허용하고 있는 경우로서, “승차정원 11인승 이상 15인승 이하인 승합자동차를 임차하는 사람”(동법 시행령 제18조 제1호 바목)에게 운전자를 알선하는 경우에 해당하는지 여부를 다툰 형사사건이다.

검찰은 전자에 해당한다고 주장했다. 그런데 적어도 판결문에 소개된 검찰의 공소사실만 놓고 보면, 쏘카(SOCAR) 등이 타다 드라이버(타다기사)를 관리감독하는 방식, 타다기사가 일을 하는 방식 등 타다 서비스가 어떤 방식으로 진행되었는지 그 사실관계(팩트)를 간략하게 제시한 후, 그대로 이것이 「여객자동차운수사업법」 위반에 해당한다고 결론을 내리고 있다. 검찰이 적

시한 사실관계가 왜 위 금지규정의 구성요건에 해당하는지, 즉 타다 서비스가 왜 “유상으로 여객을 운송”하는 행위에 해당하는지에 대해서는 별다른 논증이 없다(혹은 검찰의 논증이 판결문에 제시되고 있지 않다). 아마도 “유상으로 여객을 운송”한다는 구절의 의미가 문언상으로 명백하고, 타다 서비스가 돈을 받고(유상으로) 타다 이용자를(여객을) 목적지까지 데려다준 것(운송)은 사실이므로 그 자체로 구성요건 해당성이 입증된다고 생각했는지도 모르겠다.

그러나 법원은 아니라고 판결했다. 법원이 보기에 “유상으로 여객을 운송”한다는 구절은 보기보다 해석하기 까다로운 것이다. 법원에 의하면, 타다 이용자는 승합차 임대차(렌트) 계약에 따라 승합차의 인도를 요구하는 임차인일 뿐, “자동차운송계약에 따라 운송되는 여객에 해당한다고 볼 수 없다.” 즉 여객이라는 구성요건과 운송이라는 구성요건이 이미 기각되는 것이다. 남는 것은 유상성이다. 법원도 유상성은 인정한다. 결론적으로 “유상성(有償性) 말고는 그 법률관계에 있어서 뚜렷이 구별되는 자동차대여사업자의 사업용자동차 대여행위는 유상운송금지위반의 구성요건에 해당하지 않는다고 할 것이다.” 즉 해당 규정은 무면허 콜택시 영업을 금지하는 규정이며, 타다 서비스는 렌터카 사업일 뿐 무면허 콜택시가 아니라는 것이다. 그러므로, 이어지는 논리적 결론으로서, 타다 승합차를 타다기사와 함께 제공하는 행위는 “타다 이용자의 편익을 위한 운전자 알선일 뿐 자동차운송계약관계에서 여객의 요구에 응한 것이라고 보기 어렵다.”

그리하여 법원의 해석론이 제시된다. “타다 서비스는 타다 이용자의 직접 운전 없이 이동 편의를 높이기 위해 분(分) 단위 예약 호출로써 피고인 쏘카가 알선하여 타다 드라이버가 운전하는 타다 승합차를 타다 이용자가 필요한 시간에 주문형(on-demand)으로 “임차(렌트)”하는 일련의 계약관계가 피고인 VCNC의 모빌리티 플랫폼(Mobility Platform)에서 연결되어 구현되는 모바일 앱 기반 렌터카 서비스이고, 타다 이용자와 피고인 쏘카 사이에 전자적으로 초단기 승합차 임대차(렌트) 계약이 성립되었다고 보는 것이 타당하다.”(밑줄은 필자)

그런데 ‘드라이버 프리랜서 계약서’에 의하면, 타다기사는 “임차인으로부터 주문이 있을 경우 차고지로부터 임차인 승차지점까지 차량을 이동”하고, “임차인이 하차한 후 임차인을 대신하여 차량을 차고지에 반납”하도록 되어

있다.) 타다 서비스가 계약서대로 진정한 의미에서 운전자 알선형 승합차 렌트 계약이라면, 타다기사는 각 운행을 마칠 때마다 차량을 차고지에 반납한 다음, 다른 주문이 들어오면 다시 차량을 끌고 나가는 방식으로 일을 해야 할 것이다. 그런데 알려진 바에 의하면,²⁾ 실제로 타다기사가 일을 하는 방식은 렌터카 주문이 들어오면 비로소 운행을 나가는 것이 아니라, 이미 차고지에서 차량을 인수하여 운행을 개시한 다음에 이동 중에 또는 대기장소(Socar Zone)에서 대기 중에 렌터카 요청이 들어오면 해당 장소로 이동하여 서비스를 제공하다가 운행시간이 종료하면 차고지로 차량을 반납하는 방식이다. 이것은 법원이 제시하는 “법률행위 해석 방법”에 따르더라도 위 ‘계약서’의 범위를 벗어난 것이다. 운행시간 내내 시내를 돌아다니면서 배차 주문이 들어올 때마다 운행 서비스를 제공하는 것은 콜택시 영업과 매우 유사하다고 하지 않을 수 없다.³⁾ 법원이 “전자적 초단기 승합차 임대차(렌트) 계약”이라는 개념을 고안한 것도 바로 이 점을 고려한 때문이 아닐까 짐작된다.(한편, 이 개념은 ‘전자적 초단기 기간제 근로계약’이라는 개념의 단초를 제공하는데, 이에 대해서는 아래에서 보른 형식으로 좀 더 검토해 보고자 한다.)

이 사건은 타다 이용자와 쏘카 사이의 계약관계의 성격에 대해서만 다룰 뿐, 타다기사와 쏘카 사이의 계약관계의 성격을 직접 다룬 사건은 아니다. 하지만 타다 서비스가 콜택시가 아니고 렌터카라고 하더라도 타다기사의 법적 지위 문제, 즉 근로계약관계의 인정 문제는 여전히 남는다. 타다의 법적 성격과 타다기사의 법적 지위는 별개의 문제이기 때문이다. 운전자 알선형 렌터카 서비스에서 운전자 알선은 프리랜서 운전자를 알선할 수도 있지만 렌터카 사업주가 직접 고용한 운전자를 알선하는 것도 가능하다. 그러므로 타다의 법적 성격과 별론으로 타다기사를 쏘카의 근로자로 재규정/재분류할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있는 것이다. 즉 타다기사는 쏘카의 지휘감독

1) 아래 서울지노위 판정문을 참조하였다.
 2) 아래 서울지노위 판정문 및 강신우(2019), 『세모탈. 논란의 ‘타다’ 직접 물어본 기자, 별점과 수익 공개합니다.』, 『서울경제』, 인터넷판, 2019. 11. 30. 참조.
 3) 그런데 이미 국토교통부는 “대여차량이 차고지로 회귀하지 않고 일정지역에 대기하는 행위는 여객자동차법령 등에 위배되지 않는다.”(2019. 1. 29., 답변 2AA-1812-528885)라고 회신한 바 있다. 이것은 사실상 운전자 알선형 렌터카 영업을 콜택시처럼 영업하는 것을 허용해 준 것이나 마찬가지라고 할 수 있다. 법원은 이 점 등에 근거하여, 설령 타다 서비스가 유상여객운송에 해당한다고 보더라도, 쏘카 등에게 위법의 고의가 있다고 볼 수는 없다는 결론을 이끌어내고 있다.



아래 쏘카를 위하여(쏘카의 사업에 편입되어) 근로를 제공했으므로 쏘카의 근로자로 재규정/재분류되어야 하는 것이 아닌가 하는 질문이다.⁴⁾

하지만 법원은 간접적인 설시를 통해서이긴 하지만, 타다기사와 쏘카 사이에는 아무런 고용관계가 없다고 보는 것 같다.⁵⁾ 즉 타다기사는 제3의 용역업체와 프리랜서 계약을 체결한 개인사업자일 뿐이며, 쏘카는 타다 이용자의 편의를 위하여 타다기사를 운전자로 알선한 것에 불과하다고 보는 것 같다. 타다기사와 쏘카 사이에 근로계약관계가 성립한다고 인정하기 위해서는 타다기사가 사용종속관계에서 쏘카에게 근로를 제공했다는 사정이 입증되어야 한다. 그런데 현재와 같은 판례의 입장에서 본다면, 타다기사는 형식상 프리랜서 계약을 체결하며, 운행시간과 운행장소의 선택 등 운전서비스를 제공할지 여부를 스스로 결정할 수 있고, 이에 대해 별다른 강제나 제재가 없으며, 기타 지휘감독으로 볼 수 있는 사정들은 계약의 이행이거나 사업수행에 수반되는 필요적 요소에 불과하다는 등의 이유로, 쏘카와 타다기사 사이에 근로계약관계가 성립한다고 인정되기는 어려울 것 같다. 실제로 2019년 12월 24일 서울지방법노동위원회는 타다기사의 부당해고구제신청사건에서 이러한 이유들에 근거하여 타다기사가 쏘카에 고용된 근로기준법상 근로자가 아니라고 판정한 바 있다.⁶⁾

그러나 타다기사가 쏘카에 고용된 근로자가 아니라고 한다면, 그것은 근로제공관계의 본질상 그런 것이 아니라, 다만 우리 판례의 입장(혹은 판례에 근거한 것으로 보이는 노동위원회의 입장)이 지나치게 경직되어 있기 때문에 그런 것이다. 잠깐 눈을 외국으로 돌려 보자. 2018년 11월 28일 프랑스 대법원은 디지털 플랫폼에 기반한 음식배달기사의 법적 지위와 관련해서,

-
- 4) 타다에는 특고와 사내하청이 결합되어 있다. 가전제품이나 인터넷 설치·수리기사의 사례에서 흔히 보던 모습이다. 각광받는 혁신 기업이 “사회정의의 실현”(1948년 헌법)과 “물질적 진보와 정신적 발전을 추구할 노동자의 권리”(ILO 1944년 필라델피아 선언)를 보장하는 방향으로 기술을 활용하고 사업을 전개하는 것이 아니라, 가장 부정적인 형태의 전근대적 고용관계를 활용하고 있는 모습은 안쓰러울 뿐만 아니라, 이런 식이라면 도대체 기술 혁신이 무슨 소용이 있는가 하는 근본적인 회의도 모면하기 힘들 것 같다.
- 5) “피고인 쏘카, VCNC는 용역업체들에 고객 불만사항을, 타다 드라이버용 앱을 통해 고객 평점 및 팁을 각 제공하는 정도에 그치고 타다 드라이버에 대한 교육, 근무평정, 프리랜서 계약 해지 등은 용역업체들이 수급인으로서 해당 타다 드라이버에게 실시한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면(…)”.
- 6) 서울지방법노동위원회, 2019. 12. 24., 서울2019부해2668.

플랫폼은 배달기사의 위치를 실시간으로 파악하고 그 이동 거리를 합산할 수 있는 시스템을 운영했으며, 이에 기반하여 배달기사를 제재할 수 있는(실제로 제제한 적이 없다고 하더라도) 시스템을 구축하고 있었다는 이유로, 플랫폼과 배달기사 사이에 근로계약관계의 존재를 인정하였다.⁷⁾ 또한 2020년 3월 4일에는 우버기사를 우버에 고용된 근로자로 인정하였다.⁸⁾ 프랑스 대법원에 의하면, 우버기사는 자기 자신의 고객을 갖고 있지 않고, 가격을 자유롭게 정할 수 없으며, 운송 서비스의 제공 조건을 스스로 결정하지 못한다는 점에서 자영업자의 요건을 충족하지 않는다. 또 우버기사가 우버의 사업에 편입되어 있는 한, 근로일과 근로시간을 자유롭게 선택할 수 있다는 사정은 종속적 근로관계의 성립을 배척하지 않는다.

타다와 무엇이 같고, 무엇이 다를까? 시스템은 다르지 않다. 앱을 통해서 운행 경로를 지시(전달)하고, 실시간 위치 파악 기술을 통해서 운행 경로 준수 여부를 감독(확인)하고, 배차를 거부하거나 경로를 이탈했을 경우에 앱 접속 차단이나 배차 조정 등의 방식으로 제재를 한다. 하지만 그 시스템에 대한 법적 해석은 다르다. 프랑스 대법원은 그러한 시스템은 사용종속관계의 존재를 보여준다고 해석했다.⁹⁾ 그러나 서울지노위는 그러한 시스템은 디지털 플랫폼 기반의 프리랜서 계약에 고유한 속성이거나 단순한 계약이행일 뿐이라고 해석했다.(법원의 대체적인 입장도 그런 것으로 보인다.)

예를 들면 이렇다. 알려진 바에 의하면,¹⁰⁾ 타다 앱을 통한 호출은 불특정 기사들을 상대로 콜을 띄워 먼저 잡는 사람이 운행을 하는 방식이 아니라, 이용자와 가장 근거리에 있는 기사에게 자동으로 콜이 떨어지는 방식이다.

7) Cour de cassation, Chambre sociale, 2018. 11. 28., No. 17-20079, Take Eat Easy 사건.

8) Cour de cassation, Chambre sociale, 2020. 3. 4., No. 19-13316.

9) 더군다나 이 우버 사건 판결에서 프랑스 대법원이 준거로 삼고 있는 판례(Soc., 1996. 11. 13, No. 94-13187, Société générale 사건)는 사용종속관계의 개념을 기존보다 엄격하게 해석하는 법리를 제시한 판례라는 점도 유의할 필요가 있다. 1980년대까지 프랑스 판례는 사업편입성 개념을 통해서 사용종속관계를 넓게 해석하는 입장을 보여주고 있었다. 이러한 판례의 경향에 제동을 걸기 위해서 우파 정부는 1994년에 자영업자 추정법(마들렌 법)을 만들었다. 위 1996년 판결은 1994년 법의 취지를 반영하여 사용종속관계를 엄격하게 해석하는 새로운 법리를 제시한 것으로 평가된다. 특히 사업편입성의 의미를 축소시켰다. 즉 이제 사업편입성은 사용자가 근로이행조건을 일방적으로 결정하는 경우에 하나의 사용종속관계 징표를 구성할 수 있을 뿐이다.

10) 강신우, 앞의 글.



해당 기사가 15초 동안 이 콜을 받지 않으면 배차가 취소된다. 콜을 거부했다고 해서 곧바로 징계 등 제재가 가해지는 것은 아니지만, 콜 거부가 일정한 횟수를 넘어가면 불이익이 가해질 수 있다.¹¹⁾ 이것은 사용종속관계의 징표로서의 노무불이행에 대한 징계라고 볼 수도 있다. 이에 대해 쏘카 측의 반론은 다음과 같다. “고객의 운전서비스 요청을 정당한 사유 없이 거절하는 행위는 이 사건 신청인이 체결한 프리랜서 계약의 내용을 이행하지 않는 행위가 된다. 따라서 계약내용을 불이행한 채무불이행 책임을 타다기사에게 계약해지 등의 방법으로 물었다고 하여 이를 사용종속관계의 중요 징표라고 주장하는 것은 타당하지 않다.”¹²⁾

만약에 이러한 반론을 인정한다면, 사용종속관계의 징표에 해당하는 내용을 전부 프리랜서 계약 조항으로 넣어 두기만 하면, 모든 근로계약관계는 프리랜서 계약관계로 환원되어 버릴 것이다. 사용종속관계의 존재 여부에 대한 판단은 원칙적으로 계약의 형식이나 당사자의 의사와 상관없이 근로제공의 종속적 사실 여부에 따라 판단해야 하지만, 반대로 근로제공의 종속적 사실이 계약의 내용으로 유보되어 있는 경우에는 바로 그 계약적 유보 자체가 사용종속관계의 존재를 인정할 수 있는 근거가 아닌지 주의깊게 따져 보아야 한다. 즉 유보적 지배권 개념을 인식할 필요가 있다. 최근의 프리랜서(특고) 계약이 그러한 식의 계약적 유보를 활용하는 경우가 늘어나고 있기 때문에 더욱 그렇다.

보론. 현재 타다의 경우는 타다기사가 쏘카 소유의 차량을 인수하여 앱에 의한 강제배차 방식으로 운행 서비스를 제공하는 것이라서 좀 다르기는 하지만, 만약 타다기사가 자기 소유의 차량을 운행하면서 배차 요청이 떴을 때 원하는 바에 따라 콜을 잡아 운행 서비스를 제공하는 방식으로 근로제공이 이루어진다면, 타다기사의 법적 지위 판단은 훨씬 더 까다로운 문제가 될 것이다. 이것은 ○○커넥트 같은 유형의 이른바 클라우드형 플랫폼 노동에서 공통적으로 제기될 수 있는 문제이다.

기존의 해석론은 플랫폼 근로자와 플랫폼 사업주 사이의 계약관계의 성격을 판단함에 있어서, 근로자성을 긍정하는 입장이든 부정하는 입장이든, 플

11) 강신우, 앞의 글. “기자는 이날 10시간 동안 총 3건을 거절했는데, 거절이 많다고 경고가 뜨기도 했다. 오래 일하고 싶으면 사실상 콜을 거절하기 어렵겠다 싶었다.”

12) 위 서울지노위 판정문에서 인용하였다.

랫폼 근로자가 플랫폼 사업주에게 상시적으로 고용되어 있다고 볼 수 있는지 여부를 암묵적으로 전제하고 있는 것으로 보인다. 근로자성이 인정되므로 상시고용이라거나(그래서 근로시간의 산정 문제가 제기된다), 상시고용이 아니므로(그래서 근로시간을 산정할 수 없으므로) 근로자가 아니라는 식으로.

그러나 클라우드형 플랫폼 노동을 매번의 승객의 운송 또는 음식의 배달이라는 특정한 업무를 수행하는 데 필요한 시간을 기간으로 정한 근로계약, 즉 ‘전자적 초단기 기간제 근로계약’으로 해석할 수도 있지 않을까? 즉 플랫폼이 앱에 콜을 띄우는 행위를 ‘청약’으로 볼 수 있으며, 플랫폼 근로자가 콜을 잡는 행위를 ‘승낙’으로 볼 수 있지 않을까? 이것이 근로계약인 것은 적어도 플랫폼 근로자가 콜을 잡는 순간부터 실시간 위치 파악을 통해 업무 수행 과정에 대한 플랫폼의 모니터링과 프로그래밍이 행해지기 때문이다(최적화 방향으로 이동하도록 지시, 일정한 횟수 이상 콜 거부 시 접속 제한 등). 결과적으로 클라우드형 플랫폼 노동은 근로시간과 계약기간이 일치하는 매우 독특한 근로계약이 될 것이다.

이렇게 해석할 경우, 플랫폼 근로자가 콜을 거부할 수 있다는 사정, 거부하더라도 불이익을 받지 않는다는 사정, 어느 한 플랫폼에 전속되어 있지 않다는 사정 등 현재 플랫폼 근로자의 근로계약관계를 부정하는 데 인용되는 사정들은 모두 무의미해질 것이다. 그리고 업무를 수행하는 동안은 근로계약의 이행 도중이므로 만약 사고를 당하면 산재로 인정되기가 용이할 것이다. 다만, 초단기 기간제 근로계약의 법적 효과를 둘러싼 문제들, 예를 들어 퇴직금의 계산을 위하여 근속기간을 산정하는 문제, 갱신기대권의 인정 문제(즉 앱 차단 시 부당해고의 인정 문제) 등이 후속 논점으로 제기될 수는 있을 것이다.

박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

근로조건 결정규범

여성이 전부 또는 다수인 분야에 대한 차별의 위법성 판단

- 대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결 -

【판결요지】

여성 근로자들이 전부 또는 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 정한 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당하는지 여부는, 「헌법」(이하, 헌법) 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙 외에도 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별 금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두고, 해당 분야 근로자의 근로내용, 그들이 갖추어야 하는 능력, 근로시간, 해당 분야에서 특별한 복무규율이 필요한지 여부나 인력수급사정 등 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

대상판결의 사건은 사실상 여성만을 뽑아 배치해 온 직렬의 정년 연령이 남성 집중 직렬에 비해 12년 낮게 설정된 것이 「남녀고용평등과 일·가정양립지원에 관한 법률」(이하, 남녀고용평등법)의 차별에 해당하는지 문제된 경우이다. 개괄적으로 보았을 때에는 1980년대의 한국통신 전화교환수 정년 차별 사건과 비슷하기 때문에 판결이 확정될 때까지 9년의 시간이 걸린 것은 의아한 부분이다.¹⁾ 그러나 비교적 단순한 사실관계에도 불구하고 어떠한 관점에서 고용차별 사건에 접근하는지에 따라 쟁점이 전혀 달라짐을 보여주는 사례이자 남녀고용평등법의 입증책임 조항의 해석론을 제시했다는 점에서 중요한 의미가 있다.

1) 한국통신 정년차별 사건 판결 대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657 판결.

국가정보원에 전산사식과 입력 직렬 10급 공무원으로 입사했던 원고들은 1999년 해당 직렬들이 폐지되자 연이어서 전임계약직 직원으로 채용되어 근무하였다. ‘국가정보원 계약직직원규정’은 전임계약직의 근무상한연령을 직렬에 따라 다르게 규정하였다. 이에 따라 “1. 안전: 만 30세, 2. 상담, 전산사식, 입력작업, 안내: 만 43세, 3. 의료기사, 간호사, 영양사, 영선, 원예: 만 57세, 4. 의사: 만 65세, 5. 기타 분야: 만 60세”로 정하며, 과거 10급 공무원에서 계약직으로 변경된 자 중 전산사식, 입력작업, 전화교환, 안내 분야의 근무자는 만 45세까지 계약기간을 연장할 수 있다고 정하였다. 이 연령규정에 따라 전산사식, 입력작업 직렬에 속한 원고1은 2010. 12. 31., 원고 2는 2010. 6. 30. 각각 퇴직하였다.

이 소송에서는 원고들의 퇴직사유를 무엇으로 판단하는지에 따라 판결의 쟁점이 심급별로 달라지는 모습을 보였다. 피고 회사 측은 계약직 직원인 원고들에 대한 계약기간이 만료되었고 계약 갱신을 거절한 것이 퇴직사유이므로, 이 사건 연령규정은 퇴직사유와 무관하다고 주장하였다. 전산사식 및 입력 직렬에 대한 낮은 정년 규정은 퇴직사유가 아니므로 남녀고용평등법 위반 여부가 다툴 필요가 없다는 것이다. 1심판결은 두 가지 쟁점 모두에 대하여 판단하였는데, 계약기간 종료와 갱신거절을 퇴직사유로 보았을 때 원고들에게 갱신기대권이 인정되지 않는다고 판단하였다. 또한 이 사건 연령규정이 퇴직사유라 하더라도 “각 직렬의 기능과 특성을 고려하여 제반 규정을 정비한 결과이고, 과거에도 전산사식, 입력 등의 직렬에 대해서는 지속적으로 정년이 만 43세였으며, 남성이 주로 근무하는 안전 직렬의 정년이 30세 이면서 간호사, 영양사는 57세라는 점을 고려하면 이 사건 연령규정이 여성을 불합리하게 차별하기 위한 것이라고 보기 어렵다.”고 판단하였다. 2심판결에서는 기간만료 및 갱신거절을 퇴직사유로 보았기에 남녀고용평등법 위반 여부는 판단하지 않았고, 갱신기대권 주장을 배척하였다. 상고심인 대법판결에서는 이 사건 연령규정이 원고의 퇴직사유가 된다는 것으로 판단하고 남녀고용평등법 위반 여부 판단에 초점을 맞추었다. 피고 측이 기간만료라는 형식으로 근로관계를 종료하였으나, 43세 또는 45세라는 특정 연령에 맞춰 갱신거절을 하였기 때문에 이 사건 연령규정이 퇴직사유라는 점은 당연한 결론으로 보인다.

고용차별 여부를 판단함에 있어 우선 판단해야 할 쟁점은 원고에 대한 비교대상을 누구로 설정할 것인가이고, 그 결과에 따라 차별 입증의 난이도가 좌우된다. 이 사건에서 전산사식 및 입력 직렬은 여성만이 채용, 배치되었고, 2000년도의 채용 공고에서는 ‘고졸 여성’으로 응시 자격을 명시한 바 있었다. 따라서 원고들이 소속될 직렬이 여성만으로 구성되었음에는 다툼이 크지 않았는데, 비교대상과 관련해서는 1심과 상고심의 판단이 달랐다. 1심 판결에서는 영선·원예 외에 안전 직렬도 비교대상에 포함하였고, 남성 직렬 임에도 정년 연령이 30세로 더 낮다는 것을 차별을 부인하는 근거로 활용하였다. 반면에 상고심은 비교대상을 영선·원예 직렬로 한정하였다. 국가정보원이 작성했던 ‘계약직 정원관리 방안 하달’에 의하면, 전산사식, 입력작업, 전화교환, 안내, 영선, 원예 6개 분야를 단순기능분야 계약직으로 분류한 점을 근거로 하여 비교대상을 영선, 원예로 한정한 것으로 보인다. 비교대상에 비하여 정년 연령이 12년 이상 낮은 사실이 인정됨에 따라 상고심은 성별 등을 사유로 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치라는 결론에 이를 수 있었다.

대상판결에서는 이러한 차등대우나 불리한 조치에 합리적 이유가 있는지 판단하는 방법에 대해 다음과 같이 판시하였다. “여성 근로자들이 전부 또는 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 정한 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당하는지는, 헌법 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙 외에도 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별 금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두고, 해당 분야 근로자의 근로 내용, 그들이 갖추어야 하는 능력, 근로시간, 해당 분야에서 특별한 복무규율이 필요한지 여부나 인력수급사정 등 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.” 합리적 이유의 판단요소는 한국통신 정년차별 사건 판결에서 인용한 것이나, 평등원칙이나 여성에 대한 차별금지라는 헌법적 가치를 강조한 것은 대상판결이 추가한 부분이다.

합리적 이유와 관련해서 1심 판결은 과거에도 전산사식 분야의 정년 연령이 더 낮게 정해져 있었다는 연혁, 영선·원예 분야의 계약직 직원 채용공고에서 관련 자격증을 소지한 사람에게 응시자격을 부여하였다는 점 등을 차별이 아니라고 판단하는 근거로 인정하였다. 반면에 대상판결은 여성을 달

리 대우하는 규정이 있었다는 연혁이 부당한 차별이 아니라는 근거가 될 수 없고, 영선, 원에 분야에서 자격증 소지 여부는 채용·선발 기준의 하나로 고려된 것일 뿐 단순기능분야 내에서 남녀의 근무상한연령에 현저한 차등을 두는 것을 정당화하는 사유로 볼 수 없다고 판단하였다. 위법한 차별에 대한 합리적 이유를 판단함에 있어 사용자의 재량권을 일탈한 예외적인 경우가 아닐 것을 요구하는 수준에 한정하지 않고, 성별에 따른 위법한 처분을 용인할 수 있을 정도로 높은 수준의 합리성, 정당성이 요구됨을 보여준다.

또한 차별의 합리적 이유를 입증할 증명책임이 사용자에게 있음을 명확히 한 것도 대상판결의 의의이다. 대상판결은, 사실상 여성 전용 직렬로 운영되어 온 전산사식 분야의 근무상한연령을 사실상 남성 전용 직렬로 운영되어 온 다른 분야의 근무상한연령보다 낮게 정한 데에 합리적인 이유가 있는지는 피고 측이 증명하여야 하고, 이를 증명하지 못할 경우에는 이 사건 연령 규정은 당연무효라고 판단하였다. 고용차별 사건 상고심 판결에서 남녀고용평등법의 입증책임 전환 조항의 해석론을 실시한 첫 사례이다.

마지막으로 대상판결은 공무원에 대해 남녀고용평등법과 「근로기준법」의 균등처우 원칙이 적용될 수 있다고 판시했다는 점에서도 의의가 있다. 「국가공무원법」 등 공무원의 복무, 인사 관련 법령에 고용차별의 금지 및 피해구제 관련 규정이 없는 한 국가기관과 공무원 간의 공법상 근무관계에도 적용된다는 것이다. 공무원 관련 법률에서 고용차별을 규율하는 조항이 없기에 공무원에 대해서도 적용된다는 것이 학계의 해석이었으나, 실제로 판결을 통해 확인해 주었다는 점에서 의의가 있다.

구미영(한국여성정책연구원 연구위원)

노동법상 일반원칙으로서의 유리의 원칙

- 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결 -

【판결요지】

“근로기준법 제97조를 반대해석하면, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다. (...) 따라서 근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다.”

근로조건에 관한 복수의 규범이 서로 충돌할 때 어떤 규범을 먼저 적용해야 하는가 하는 문제, 예를 들어 취업규칙과 근로계약에서 임금을 다르게 정하고 있을 때 어떤 규범이 먼저 적용되는가 하는 문제에서, 근로자에게 유리한 조건을 먼저 적용해야 한다는 원칙을 ‘유리한 조건 우선의 원칙’, 또는 줄여서 ‘유리의 원칙’이라고 한다. 과거에도 규범충돌의 문제를 다룬 사건이 없지는 않았지만, 유리의 원칙을 명시적으로 인정한 경우는 없었다. 그런 점에서 대상판결은 「노동법」(이하, 노동법)상 규범충돌의 해소 원칙으로서의 유리의 원칙이 노동법상의 일반원칙으로 인정될 수 있는가의 문제를 검토할 수 있는 좋은 기회를 제공한다.

유리의 원칙은 노동규범들이 충돌하는 모든 경우에 제기될 수 있지만, 핵심은 단체협약과 기타 노동규범과의 위계 문제이다. 그리고 나라별로 노동규범체계에서 단체협약이 차지하고 있는 위치가 조금씩 다르기 때문에 유리의 원칙이 제기되는 맥락도 조금씩 달라진다.

예를 들어 프랑스에서 단체협약은 기본적으로 해당 업종 전체 차원에서 노동력의 거래를 둘러싼 공통의 규칙을 설정하는 규범이다. 일종의 ‘단체법

규'라고 할 수 있다. 그러므로 프랑스에서 단체협약은 노동조합의 조합원에 게만 적용되는 것이 아니라, 해당 업종에서 근로를 제공하는 모든 근로자에게 적용된다. 이것을 '단체협약의 만인효'라고 부른다. 마치 국회에서 제정된 법률이 여당의 당원에게만 적용되는 것이 아니라 모든 국민에게 적용되는 것과 같다. 그런데 프랑스는 근로조건을 세세하게 규정하는 법률(노동법전)이 있기 때문에, 단체협약과 법률이라는 두 개의 '법규' 사이에 근로조건이 충돌이 발생하는 경우가 있다. 이때 유리의 원칙 적용 여부가 문제된다. 프랑스에서 유리의 원칙이라고 하면 기본적으로 단체협약과 법률의 위계관계를 가리킨다. 프랑스는 유리의 원칙을 인정한다. 즉 단체협약과 법률이 서로 충돌하면 근로자에게 더 유리한 근로조건이 적용된다.

반면 독일에서 단체협약은 기본적으로 해당 업종의 노동조합과 사용자단체 사이에 체결한 집단적 자치규범으로서의 성격을 갖는다. 일종의 '단체계약'이라고 할 수 있다. 그러므로 독일에서 단체협약은 기본적으로 노동조합의 조합원에게만 적용된다. 전통적으로 독일은 프랑스로부터 법률로 근로조건을 세세하게 규정하는 나라가 아니라, 노사의 집단적 자치규범을 통해서 근로조건을 규율하는 나라이다. 이것을 '협약자치'라고 부른다(협약자치는 독일에 고유한 개념일 뿐, 프랑스에선 이런 개념이 없다). 그러므로 단체협약과 법률이 근로조건을 놓고 충돌하는 경우는 별로 없다. 반대로 규범충돌은 주로 단체협약과 근로계약 사이에 발생한다. 독일은 이 두 개의 '계약'이 충돌하는 경우에 유리의 원칙을 인정한다.

프랑스도 단체협약과 근로계약의 관계에서 유리의 원칙을 인정한다. 이것은 마치 법령과 근로계약 사이에 유리의 원칙이 인정되는 것과 유사하다. 나아가 프랑스는 유리의 원칙을 노동법상 일반원칙으로 인정한다. 그러므로 법률, 업종별 협약, 기업별 협약, 근로계약 등 모든 종류의 규범충돌에서 유리의 원칙이 적용된다.

한국에서는 단체협약의 규범력이 취약한 탓에 유리의 원칙이 제기되는 맥락이 조금 엉뚱하다. 주로 취업규칙과 근로계약의 관계가 문제된다. 겉으로 보기에 단체협약과 근로계약의 문제인 것처럼 보여도, 사실은 취업규칙의 불이익 변경에 대한 과반수 노동조합의 동의가 단체협약이라는 외양을 띠고 있는 경우가 대부분이다. 한국의 입법자는 여기에 유리의 원칙을 적용한다.

“취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.”[「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제97조] 이 규정을 반대해석하면 대상판결의 논지가 된다. “취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다.” 취업규칙과 근로계약 사이에는 유리의 원칙이 적용된다(5).

그런데 마찬가지로 해석이 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노동조합법) 제33조 제1항에 대해서도 가능한가 궁급하다. “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.”(노동조합법 제33조 제1항) 단체협약과 취업규칙, 단체협약과 근로계약 사이에도 유리의 원칙이 적용되는가?

근로기준법 제97조와 노동조합법 제33조 사이에는 문언의 차이가 있다. 근로기준법 제97조는 “미달하는”이라고 표현하고 있는데, 노동조합법 제33조는 “위반하는”이라고 표현하고 있다. 전자는 의미가 분명하지만 후자의 의미는 의견이 둘로 나뉜다.

첫 번째 견해는 유리한 위반과 불리한 위반이 모두 포함된다고 해석한다(양면적용설). 그러므로 근로자에게 유리하든 불리하든 단체협약이 우선 적용된다고 한다. 그러나 이것은 타당하지 않다.

왜냐하면 우선 양면적용설은 초기업별 노사관계의 존재를 고려하지 않는다. 단체협약의 체결 주체와 취업규칙의 동의 주체가 겹칠 수 있는 기업별 노사관계와 달리, 초기업별 노사관계가 존재하는 경우에는, 예를 들어 업종별 협약에서 정한 근로조건보다 유리한 내용을 기업 차원에서 취업규칙으로 정할 수도 있는 것이다. 이러한 취업규칙을 무효로 보는 것은 노사관계의 현실과 지나치게 어긋난다고 하지 않을 수 없다.

나아가 양면적용설은 노동법의 기본 정신에 반한다. 단체협약보다 근로자에게 유리한 근로계약과 취업규칙도 무효라고 해석하는 것은 근로자의 근로조건을 개선하고 근로자의 사회적, 경제적 지위의 향상을 도모한다는 노동법의 기본 목적과 부합하지 않는다.

양면적용설은 사용자의 반노조 행위를 우려하는 것으로 보인다. 사용자가 개별 근로자에게 단체협약보다 유리한 내용으로 근로계약을 제시함으로써 단체협약의 규범력을 훼손시키고 노동조합의 영향력을 약화시킬 수 있으므로,

그러한 시도를 막기 위해서는 유리한 근로계약도 무효라고 해석해야 한다는 뜻으로 이해된다. 그러나 근로계약으로 단체협약보다 유리한 조건을 제시하는 사용자의 행위가 부당노동행위에 해당한다면 당연히 강행규정 위반으로 무효이다.

두 번째 견해는 노동조합법 제33조가 무효로 하는 것은 불리한 위반만 해당한다고 해석한다(편면적용설). 유리한 경우는 근로자의 지위 향상이라는 법의 목적에 부합하는 것이기 때문에 이를 무효로 할 이유가 없다고 본다. 편면적용설에 따르면 “위반”은 “미달”과 같은 뜻이 된다. 그렇다면 판례의 예를 따라 노동조합법 제33조를 반대해석하면, 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준보다 유리한 근로조건 등을 정한 취업규칙과 근로계약은 유효하고 단체협약에 우선하여 적용된다.

편면적용설이 타당하다는 사실은 근로기준법 제96조 제1항의 해석에서도 도출된다. “취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다.”(근로기준법 제96조 제1항) 여기에서 “어긋나서는 아니 된다.”는 구절은 과거에 “반할 수 없다.”로 되어 있던 것을 순화(?)한 것이다. 이 규정 가운데 취업규칙과 법령 사이에 편면적용설이 맞다는 것은 너무 분명하다. 근로기준법보다 유리한 내용의 취업규칙을 법령에 어긋난다고 해서 무효라고 할 수는 없기 때문이다. 그러므로 법령과 취업규칙 사이에는 유리의 원칙이 적용된다(1).

근로기준법 제96조 제1항에서 법령과 단체협약은 취업규칙과의 관계에서 동위에서 있으므로, 마찬가지로 단체협약과 취업규칙 사이에도 유리의 원칙이 적용된다고 하지 않을 수 없다(3).

노동조합법 제33조 제1항으로 다시 돌아가보자. “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.”(노동조합법 제33조 제1항) 이 규정에서 취업규칙과 근로계약은 단체협약과의 관계에서 동위에서 있다. 단체협약과 취업규칙 사이에 유리의 원칙이 적용되므로, 단체협약과 근로계약 사이에도 유리의 원칙이 적용된다고 말하지 않을 수 없다(4).

법령과 근로계약 사이에도 근로기준법 제15조 제1항의 적용에 따라 유리의 원칙이 인정된다고 해석하는 데 이견이 없다(2).

정리해보자.

- (1) 법령과 취업규칙 사이에는 유리의 원칙이 적용된다(근로기준법 제96조).
- (2) 법령과 근로계약 사이에는 유리의 원칙이 적용된다(근로기준법 제15조).
- (3) 단체협약과 취업규칙 사이에는 유리의 원칙이 적용된다(근로기준법 제 96조, 노동조합법 제33조).
- (4) 단체협약과 근로계약 사이에는 유리의 원칙이 적용된다(노동조합법 제33조).
- (5) 취업규칙과 근로계약 사이에는 유리의 원칙이 적용된다(근로기준법 제97조).

우리에게 남아 있는 마지막 하나의 질문은 법령과 단체협약 사이에도 유리의 원칙이 적용되는가 하는 것이다. 이 질문에 대해서는 명문의 규정이 없다. 하지만 나머지 모든 규범들 사이에 유리의 원칙이 적용되는데 이 둘 사이에서만 부정될 이유가 있는가? 그러므로 이렇게 결론 내릴 수 있다. 근로계약, 취업규칙, 단체협약, 법령 사이에는 유리의 원칙이 노동법상의 일반원칙으로 적용된다(사실은 질문 하나가 더 있다. 업종별 협약과 기업별 협약 사이에도 유리의 원칙이 적용되는가 여부이다. 만약 유리의 원칙이 노동법상의 일반원칙으로 인정될 수 있다면 협약과 협약의 충돌에도 유리의 원칙을 적용할 수 있을 것이다. 다만 한국에서는 아직 낯선 질문이다. 한국은 이 질문을 부적절하게도 교섭권의 경합으로 처리하고 있음을 부기해 둔다).

박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

단체협약상 쟁의행위 중 신분보장 조항의 효력

- 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결 -

【판결요지】

이 사건 단체협약의 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정은 “회사는 정당한 노동쟁의 행위에 대하여 간섭방해, 이간행위 및 쟁의기간 중 여하한 징계나 전출 등 인사조치를 할 수 없으며 쟁의에 참가한 것을 이유로 불이익 처분할 수 없다.”라고 규정하고 있는바, 이러한 문언 자체로 징계사유의 발생 시기나 그 내용에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않음이 분명하므로, 위 규정은 그 문언과 같이 정당한 쟁의행위 기간 중에는 사유를 불문하고 피고 조합원에 대하여 징계권을 행사할 수 없다는 의미로 해석함이 타당하다.

노동조합과 근로자들은 쟁의행위의 정당성 여부에 따라서 민·형사상 책임과 함께, 근로계약상의 책임을 부담한다. 이 가운데 사용자의 처분권이 있는 근로계약상의 책임에 관하여, 단체협약을 통하여 인사처분을 제한하는 조항을 두는 경우가 있다. 이를 흔히 단체협약상 ‘쟁의행위 중 신분보장 조항’, 줄여서 ‘신분보장 조항’이라고 한다.

대상판결은 단체협약상 신분보장 조항의 유효성에 관한 것인데, 사실관계를 요약하면 다음과 같다. 이 사건 노동조합과 회사는 단체협약에서 쟁의행위 기간 중 여하한 징계나 전출 등의 인사조치를 할 수 없다고 하는 조항을 두고 있었다. 이 사건 노동조합은 회사를 상대로 2012년부터 장기간 파업을 이어나가고 있었는데, 회사는 2015년 3월 3일 근로자 A에 대하여 상사에 대한 반복적인 모욕을 이유로 징계하고 처분을 하였다. 이에 근로자 A는 이 사건 징계해고는 쟁의행위 중 신분보장 조항을 위반한 것이라고 주장하면서, 근로자 지위확인 가처분 및 해고무효 확인소송을 제기하였다.

가처분 사건 재판부는 근로자 A의 주장을 받아들이면서 근로계약상 권리를 임시로 인정하였다. 하지만 본안 사건에서 1심은 개인적 일탈행위는 쟁의행위 중 신분보장 조항이 적용되지 않는다고 판단하였고, 항소심에서도 이



판단은 유지되었다.¹⁾ 이에 대하여, 대법원은 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정은 정당하게 개시된 쟁의행위의 기간 중에는 일체의 징계를 금지한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 피고가 이 사건 쟁의행위 기간 중에 원고를 징계해고한 것은 위 규정에 위배되어 무효라고 판단하였다. 또한 쟁의 중 신분보장 규정을 위반해서 이뤄진 징계위원회 개최에 노조가 불참한 것에 대하여 권한 남용으로 본 원심 판단에 관하여, 노동조합은 쟁의 중 신분보장 규정에 반하는 징계위원회 구성 요청에 응할 의무가 없으며, 이를 징계의결권을 포기하는 것으로 평가할 수 없다고 보았다. 따라서 사측 징계위원만으로 징계위원회를 개최하여 이 사건 해고를 의결한 데에 징계절차상 중대한 하자가 있다고 볼 여지가 많다고 판단하였다.

대상판결은 단체협약의 문리해석을 중심으로 판단하면서, 부가적으로 합목적적 해석 방식을 추가하였다. 즉 대법원은 이 사건 단체협약상 쟁의행위 중 신분보장 조항이 ‘회사는 정당한 노동쟁의에 대해 쟁의기간 중 여하한 징계나 전출 등 인사조치를 할 수 없고, 쟁의행위 참가를 이유로 불이익 처분을 할 수 없다.’고 규정하고 있는데, “문언 자체만 보면 징계사유 발생 시기나 내용에 특별한 제한을 두고 있지 않으므로, 정당한 쟁의행위 기간 중에는 사유를 불문하고 징계권을 행사할 수 없다는 의미로 해석하여야 한다고 판단”하였다. 또한 “근로조건의 향상을 위해 체결한 단체협약 명문 규정이 근로자에게 불리하게 해석되어서는 안 되는데, (원심처럼) 쟁의행위와 관련 없는 개인적 일탈에 해당하거나 노조 활동이 저해될 우려가 없는 경우에는 징계권을 행사할 수 있다는 식으로 신분보장 규정을 축소해서 해석하면 근로자에게 불리한 해석이고, 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 신분보장 규정의 도입 취지에도 반한다.”며 “개별적 징계사유나 징계로 야기되는 구체적 결과에 따라 규정 적용여부를 다르게 취급하라는 취지가 아니다.”라고 판시했다. 그리고 “쟁의행위와 무관하거나 개인적 일탈이라고 징계가 허용된다면, 회사가 임의로 징계권을 행사해 실질적으로 노조의 단체행동권을 침해할 우려도 있다.”며 “개인적 일탈이나 비위행위가 과연 쟁의행위와 관련이 없는 것인지 구분하는 것도 명확하지 않아 근로자가 불안정한 지위에 놓일

1) 이 사건의 1심 기록은 대전지법 천안지원 2016. 11. 18. 선고 2015가합 102807 판결; 2심 (항소심) 기록은 2017. 8. 17. 선고 2016나17000 판결이다.

수 있다.”고 덧붙였다.

논의를 넓혀서 단체협약상 징계에 관한 대법원의 입장을 살펴보면, 노동조합 대표를 징계위원회에 참석시키도록 정한 조항을 위반한 징계를 무효로 판단한 바 있으며,²⁾ 노동조합과의 합의 없이는 특정의 인사처분을 할 수 없도록 정한 조항을 위반한 인사처분도 무효로 판단한 바 있다.³⁾ 이처럼 단체협약상의 인사에 관한 조항에 대하여 규범적 효력을 인정하면서, 개별 근로계약이나 취업규칙의 내용에 관계없이 인사절차 조항이 근로계약의 내용이 되어 사용자와 근로자 사이에 적용된다고 보는 것이 대법원 판단의 큰 흐름이라고 할 수 있다.⁴⁾

따라서 이러한 판례 법리에 근거할 때, 단체협약상의 합의(조항)에 위반되는 인사처분은 근로계약 위반으로 무효가 되는 것이 당연하다. 결국 단체협약상 합의의 구체적인 내용이 중요하다. 예컨대 단체협약상 ‘쟁의행위 중 신분보장에 관한 규정을 두었다 하더라도, 단순히 “쟁의행위 기간 중 정당한 쟁의행위를 이유로 징계하지 않는다.” 내지 “쟁의행위 기간 중 발생한 쟁의 관련 사항을 이유로 징계하지 않는다.”라고 합의했다면, 쟁의행위와 직접적인 관련성이 없는, 개인적 비위행위를 이유로 한 징계처분이 무효라고 보긴 어려웠을 것이다. 다만 이러한 경우에도, 대상판결에서 지적하는 바와 같이, 개인적 일탈이나 비위행위가 과연 쟁의행위와 관련이 없는 것인지 구분하는 것도 명확하지 않으므로 신중한 접근법이 요구된다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

2) 대법원 1999. 3. 26 선고 98두4672 판결.

3) 대법원 1993. 9. 28 선고 91다30620 판결.

4) 단체협약상의 인사절차 조항의 유효설과 무효설의 입장에 관해서는 임종률(2019), 『노동법』 제17판, (주)박영사, pp.171~173을 참조하라.

유니온 슝 협정의 효력 제한

- 대법원 2019. 11. 28. 선고 2019두47377 판결 -

【판결요지】

[1] 근로자에게는 단결권 행사를 위해 가입할 노동조합을 스스로 선택할 자유가 「헌법」상 기본권으로 보장되고, 나아가 근로자가 지배적 노동조합에 가입하지 않거나 그 조합원 지위를 상실하는 경우 사용자로 하여금 그 근로자와의 근로관계를 종료시키도록 하는 내용의 유니온 슝 협정이 체결되었더라도 지배적 노동조합이 가진 단결권과 마찬가지로 유니온 슝 협정을 체결하지 않은 다른 노동조합의 단결권도 동등하게 존중되어야 한다. 유니온 슝 협정이 가진 목적의 정당성을 인정하더라도, 지배적 노동조합이 체결한 유니온 슝 협정은 사용자를 매개로 한 해고의 위협을 통해 지배적 노동조합에 가입하도록 강제한다는 점에서 허용 범위가 제한적일 수밖에 없다.

[2] 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 침해되는 경우에까지 지배적 노동조합이 사용자와 체결한 유니온 슝 협정의 효력을 그대로 인정할 수는 없고, 유니온 슝 협정의 효력은 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 영향을 받지 아니하는 근로자, 즉 어느 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에게만 미친다. 따라서 신규로 입사한 근로자가 노동조합 선택의 자유를 행사하여 지배적 노동조합이 아닌 노동조합에 이미 가입한 경우에는 유니온 슝 협정의 효력이 해당 근로자에게까지 미친다고 볼 수 없고, 비록 지배적 노동조합에 대한 가입 및 탈퇴 절차를 별도로 경유하지 아니하였더라도 사용자가 유니온 슝 협정을 들어 신규 입사 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 없는 해고로서 무효로 보아야 한다.

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노조법) 제81조 제2호는 ‘근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 사용자의 행위’를 부당노동행위의 한 유형으로 정해 원칙적으로 금지하고 있다. 다만 이에

해당하더라도 ‘노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외’로 인정하고 있다. 즉, 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합(이하, 지배적 노동조합)과 사용자가 ‘근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건’으로 하여야 한다는 취지의 단체협약을 체결하고, 그 이행을 위하여 사용자가 개별 근로자에게 지배적 노동조합 가입을 고용조건으로 제시하는 것은 법적으로 허용된다는 것이다. 이러한 취지를 규정하고 있는 단체협약을 일반적으로 ‘유니온 슝(Union shop)’¹⁾ 협정이라 부른다. 이른바 슝(shop) 약정은 비조직근로자로 하여금 노동조합에 가입하도록 강제하기 위한 기술적 수단으로, 조직강제의 방법에 따라 유니온 슝 외에도 클로즈드 슝(closed shop), 에이전시 슝(agency shop) 등 몇 가지 유형이 있다.²⁾ 조직강제는 노동조합의 단결권을 강화하기 위한 수단이라는 점에서 그 취지가 인정되나, 근로자 개인의 단결권, 구체적으로 노동조합에 가입할지 여부, 가입할 경우 어떤 노동조합에 가입할지 여부, 일단 가입한 경우라 하더라도 탈퇴를 할지 여부 등에 대한 선택의 자유를 제한한다는 점에서 이른바 노동조합과 근로자 개인의 권리가 충돌한다는 문제가 전통적으로 제기되어 왔다.³⁾ 2010년 이래 우리나라는 복수노동조합을 인정하고 있는바, 특정 노동조합으로의 조직강제는 다른 노동조합의 조직약화로 귀결될 수 있다는 점에서 다른 노동조합의 단결권을 제한한다는 문제점도 제기되고 있다. 정리하면 특정 노동조합으로의 조직강제는 해당 노동조합의 단결권과 개별근로자, 다른 노동조합의 단결권과의 갈등을 초래한다는 점에서 이를 법적 관점에서 조정할 필요성이 있는바, 이 문제는 결국 조직강제의

- 1) ‘union shop’의 우리말 표기와 관련하여 논문, 헌법재판소, 대법원 판결, 노동위원회 결정 등에서 유니온/유니언, 슝샵, 띄어쓰기 여부 등에 의해 총 8가지의 경우의 수로 사용되고 있다. 이 글에서는 대상판결이 사용한 ‘유니온 슝’으로 표기한다. 자료검색의 편의를 위해서라도 통일된 용어를 확립해야 할 것이다.
- 2) 거칠게 소개하면, 클로즈드 슝은 조합원 중에서 채용할 것 등을 강제하는 방식이고, 에이전시 슝은 조합원 가입까지는 아니지만 조합비 납부를 강제하는 방식이라 할 수 있다. 슝 조합의 유형에 대한 개략적 소개는 노동법실무연구회(김성식 집필)(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해(III)』, 박영사, p.58을 참조한다.
- 3) 조직강제가 근로자의 고용의 기회 획득 및 유지와 연관된다는 점에서 근로권과의 갈등 소지도 있다. 이에 대한 지적으로는 최윤희(2011), 『조직강제를 위한 유니언 슝 협정의 법리에 대한 연구』, 『일감법학』 제20호, pp.409-411을 참조하였다.



목적, 필요성, 그리고 이를 관철하는 수단이나 방법의 적절성, 관련 당사자들 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 한다. 노조법은 이러한 다양한 유형의 쉘 조항에 대해서는 직접적인 규정을 두고 있지 않으며, 다만 유니온 쉘의 경우에는 노조법 제81조 제2호의 부당노동행위 유형에 대한 예외의 형식으로 법률에 명시됨으로써 일응 그 유효성을 인정하고 있다. 그러나 시간의 흐름에 따라 유니온 쉘 협정의 법적 허용 범위는 아래와 같이 점차 좁아져 가고 있다.

1963년	「노동조합법」 제39조 제2호 단서	예외 규정 없음
1987년	「노동조합법」 제39조 제2호 단서	이 경우 사용자는 근로자가 당해 노동조합에서 제명된 것을 이유로 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.
1997년	제정 노조법 제81조 제2호 단서	그대로 계수
2006년 ~현재	노조법 제81조 제2호 단서	이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.

1963년 「노동조합법」하에서는 유니온 쉘 협정의 효력이 대단히 막강했다고 할 수 있다. 당시에는 복수노동조합이 허용되지 않았고 기업별 노동조합에 터잡은 상황이었으므로, 근로계약을 체결해 해당 사업장의 근로자가 되더라도 노동조합에 가입하지 않거나 노동조합으로부터 제명되거나, 탈퇴한다면 사용자가 이를 이유로 해고하더라도 그 정당성이 인정되었다. 그러나 특정 노동조합의 조합원으로서의 자격 유지가 고용 유지에 절대적 조건이 된다는 점은 근로자 개인의 단결에 관한 선택권을 제약하고, (과거 소위 어용노조와 민주노조 간의 경쟁 상황에서) 소수 노조의 단결권을 제약한다는 점 등이 고려되어 현행 노조법하에서는 근로자가 지배적 노동조합에 일단 가입한 다음 탈퇴하더라도 불이익처분을 하지 못하는 정도로 약화되었다. 즉, 근로자가 ‘일단 가입’만 하면 그다음부터는 근로자의 조합원 지위 유지 여부는 사용자와의 관계에서는 전혀 문제가 되지 않게 되었는바, 구체적으

로 유니온 쉘 협정이 의미를 가지는 경우의 수는 근로자가 채용된 후 처음부터 지배적 노동조합에 가입하기를 거부하는 때 정도에 불과하게 되었다.

그런데 2010. 7. 복수노조가 허용됨으로써 조직대상을 같이하는 여러 개의 노동조합이 각자의 입장을 바탕으로 경쟁하는 시대가 열리게 되었다. 노동조합 간 경쟁의 기본은 조합원 확보에 있다. 조합원은 노동조합이 존속하고, 교섭대표노조가 되는 등 강력한 교섭력을 발휘하기 위한 기본 토대가 되므로 조합원 조직은 노동조합의 주요 업무일 수밖에 없다. 이러한 상황에서 유니온 쉘 협정은 지배적 노동조합이 조합원 확보 경쟁에서 절대 우위를 누릴 수 있는 수단이 될 수 있다. 따라서 복수노조 시대의 유니온 쉘 협정은 과거 단수노조 시대와 달리 조합 간 경쟁을 제한한다는 효과가 부각된다. 즉, 소수 노조의 단결권 제한이 추상적 수준에 그치는 것이 아니라 구체적으로 드러나게 되는 것이다.

제명된 경우에 한해 유니온 쉘 협정의 효력을 제한하던 2006년 개정 전 노조법이 적용된 과거의 사안에서 대법원은 “유니언 쉘 협정이 체결된 위 노동조합을 탈퇴하여 조직대상을 같이하면서 독립된 단체교섭권을 가지는 다른 노동조합에 가입하는 것을 허용한다면 사실상 피고 회사 내에는 단체교섭권을 가지는 노동조합이 복수로 존재하게 되어 위 유니언 쉘 협정의 근본이 와해되어 위 유니언 쉘 협정은 유명무실한 것이 되어 버리는 결과가 되므로 위 유니온 쉘 협정이나 앞서 본 노조법 제81조 제2호 단서에서 이 사건과 같은 경우에는 유니언 쉘 협정을 적용하지 아니한다는 예외조항을 두고 있지 아니함에도 그 적용을 배제하는 것으로 해석하는 것은 유니언 쉘 협정의 근거를 뒤흔드는 것으로서 쉽사리 허용되어서는 아니” (된다)라고 판시하면서 “다만, 독립된 단체교섭권을 가지는 복수노조가 전면적으로 허용되는 2002. 1. 1.부터는⁴⁾ 달리 해석할 여지도 있을 것이다.”라는 단서를 단 바 있다(대법원 2002. 10. 25 선고 2000다23815 판결). 이 판결은, 유니온 쉘 협정이 특정 노동조합으로의 조직장제의 취지가 옹호되어야 한다고 하면서도 이는 복수노조 인정여부와도 밀접한 관련이 있음을 시사하였다고 평가할 수 있다. 그리고 그러한 시사는 비록 판결문에 구체적 언급은 없지만 대상판결

4) 실제로는 그 후에도 몇 차례 개정을 거쳐 시행이 연기되다 2010. 7. 1.부터 복수노조가 허용되었다.



에 이르러 현실로 나타났다.

대상판결은 신입 근로자가 지배적 노동조합에 대한 가입을 거부하고, 소수 노조에 가입하자 사용자가 유니온 쉘 협정에 근거해 이들을 해고함으로써 제기된 사건에 대한 대법원의 판단이다. 애초 가입조차 하지 않았다는 점에서 현행법의 문리해석에 의하면 예외에 해당하지 않으므로 사용자의 해고가 일응 정당하다고 볼 수도 있다.⁵⁾ 그러나 복수노조가 인정됨으로써 노동조합 간 직접 경쟁이 가능하게 되었다는 점은 유니온 쉘의 해석에 있어서 큰 전환점이 된다.

대상판결에 의하면, 유니온 쉘 협정이 시행되고 있더라도 근로자는 특정 노동조합에 반드시 가입할 의무가 없으며, 아무 노동조합에도 가입하지 않는 것이 아니라 다른 노동조합이라도 가입한다면 사용자가 불이익처분을 할 수 없다. 이는 유니온 쉘 협정은 해당 노동조합의 이익, 즉 ‘특정 노동조합에 대한 조직강제’가 아니라 다른 노동조합 역시 원용할 수 있는 ‘일반적 조직강제’로서의 의미를 지니게 되었음을 뜻한다.⁶⁾

단수노조하에서 근로자들의 선택이 단지 노조 가입 여부에 불과했다면 이제는 구체적으로 복수의 노조를 두고 선택권을 행사할 수 있고 여차하면 스스로 노동조합을 조직할 수도 있다. 여러 노동조합이 근로조건 유지·개선 등에 관한 다양한 목소리를 내면서 토론을 통해 서로 경쟁하고 결론에 기초해 연대하는 것은 민주주의 체제하에서 지극히 자연스러우며, 적극 권장되어야 한다. 이러한 관점에서 특정 노동조합으로의 쏠림을 기획하는 유니온 쉘 협정은 복수노조 허용이라는 가치에 비추어 볼 때 독일 수도 있다. 대상판결은 유니온 쉘 협정의 효력 범위를 제한함으로써 복수노조 허용의 취지를 살렸다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.

다만, 현행법의 문언상 유니온 쉘 협정은 지배적 노동조합이 체결한 단협

5) 지방노동위원회와 1심법원은 그러한 결론을 내렸다.

6) 지배적 노동조합 입장에서 볼 때 유니온 쉘 협정의 효력이 약해졌다고 볼 수 있지만, 사실적 측면에서는 여전히 유의미하다. 특정 노동조합 가입이 채용조건으로 제시되어 있다는 점에서 입사하자마자 채용조건 위반이라는 논란에 휘말리고 싶어 할 근로자는 많지 않을 것이라는 점, 노동조합에 대한 첫 경험은 매우 중요한바 지배적 노동조합은 신입 근로자에 대해서는 ‘최우선 가입권유’ 노조로서의 지위를 사실상 가질 수 있는 점 등이 그것이다. 대상판결로 인해 지배적 노동조합이 이러한 사실상의 기회를 과거보다 더욱 활용하도록 자극하는 계기로 삼을 수도 있을 것이다.

에 있는 경우에 유효한바, 대상판결에 의해 그 의미가 일반적 조직강제로 변경된 점을 고려해 유니온 슝 협정의 인정요건을 ‘당해 사업장 근로자의 2/3 이상이 어느 노동조합에라도 가입되어 있는 경우’ 또는 단체협약 효력확장에 관한 제35조, 제36조를 참고하여 ‘일정 수 이상의 근로자가 해당 단체협약의 적용을 받게 되는 경우’ 등과 같이 개정할 필요가 있다. 그렇지 않으면 대상판결의 해석론에 의해 지배적 노동조합이 경쟁 노조에 밀려 2/3선을 확보하지 못하면 일반적 조직강제 효력 자체가 소멸할 수 있기 때문이다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

‘상근’의 의미와 규범적 판단 요소

- 대법원 2020. 6. 4. 선고 2020두32012 판결 -

【판결요지】

공무원보수규정이 초임 호봉 확정에 반영되는 임용 전 경력의 하나로 규정한 ‘상근으로 근무한 민간직업상담원 경력’에서 ‘상근’이란 해당 사업장의 취업규칙 등에서 정한 바에 따라 근무일마다 출근하여 일정한 시간을 규칙적으로 근무한 경우를 의미하는 것이고, 1일 8시간, 1주 40시간을 근무하는 소위 ‘풀타임(Full-time)’만을 의미하는 것은 아니며, 원고들은 공무원으로 임용되기 전 민간직업상담원의 하나인 ‘단시간근로 직업상담원’(1일 5시간, 1주 25시간)으로 근무한 경력 기간 동안에 매주 관공서의 통상적인 근무일인 주 5일 동안, 매일 규칙적으로 1일 5시간씩(휴게시간 제외) 근무하였으므로 ‘상근’으로 근무한 것이라고 보아야 한다.

우리가 인사노무관리라는 맥락에서 흔히 사용하는 용어들 중에는 법적으로 정의되거나 규범적으로 해석되지 않는, 소위 일상 용어가 많다. 이러한 일상 용어들이 법령에 포함되어 있는 경우 통상적인 용어의 의미에 따라 이해되는 것이 원칙이다. 하지만 때로는 ‘통상적인 의미’가 무엇인지 불명확하거나, 사안에 따라서 달리 보아야 하는 경우도 발생한다. 대상판결도 일반적으로 사용하는 ‘상근’이라는 용어의 의미 해석에 관한 것으로, 구체적인 사안은 다음과 같다.

원고들은 「직업안정법」(이하, 직업안정법)상 ‘단시간근로 직업상담원’(1일 5시간/1주 25시간)으로 근무하다가 공무원으로 임용되었는데, 공무원 초임 호봉 확정 시 ‘단시간근로 직업상담원’의 경력을 반영하지 않은 것에 대하여 이의를 제기하면서, 초임 호봉 재확정을 신청하였다. 이에 피고는 호봉 책정의 근거로 직업안정법 제4조의4 제1항에 따라 “상근으로 근무한 민간직업상담원 경력의 경우 동일 분야 경력 100%/비동일 분야 경력 80% 인정”이 규정되어 있는바, 이 규정에서 정한 ‘상근’이란 ‘주 5일 주 40시간 풀타임으로 근

무하는 형태'만을 의미하므로, 원고들은 '상근'에 해당하지 않는다는 이유로 호봉 재획정을 거부하였다. 이에 원고들은 피고를 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

이 사건의 쟁점은 공무원보수규정이 초임 호봉 획정에 반영되는 임용 전 경력으로 규정한 '상근으로 근무한 민간직업상담원 경력'에서 '상근'의 의미가 '풀타임(Full-time)'(1일 8시간, 1주 40시간) 근무에 한정되는지 여부이다.

이에 대하여 1심¹⁾ 및 원심 법원은²⁾ “상근의 사전적 의미는 날마다 일정한 시간에 출근하여 정해진 시간 동안 근무하는 것을 뜻하고… 이 사건 규정은 민간직업상담원 경력이라는 요건 외에 ‘상근으로 근무’라는 요건을 추가하였는데, 이는 단시간상담원을 배제하는 취지로 이해함이 문언의 의미에 부합한다.”고 판단하여, 원고들의 청구를 기각하였다. 반면 대법원은 “상근이란 해당 사업장의 취업규칙 등에서 정한 바에 따라 근무일마다 출근하여 일정한 시간을 규칙적으로 근무한 경우를 의미하는 것이고, 1일 8시간, 1주 40시간을 근무하는 소위 ‘풀타임’만을 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다.”라고 하면서, “원고들은 ‘단시간근로 직업상담원’으로 근무한 경력 기간 동안에 매주 관공서의 통상적인 근무일인 주 5일 동안, 매일 규칙적으로 1일 5시간씩(휴게시간 제외) 근무하였으므로 ‘상근’으로 근무한 것이라고 보아야 하고, 따라서 이 사건 규정에 따라 원고들의 ‘단시간근로 직업상담원’ 근무 경력을 공무원 초임 호봉 획정에 반영하여야 한다.”고 판단하였다.

대법원은 대법판결에 관한 근거로, ① ‘상근’이란 용어의 사전적 의미는 ‘날마다 일정한 시간에 출근하여 정해진 시간 동안 근무함 또는 그런 근무’를 뜻하므로, ‘항상성’과 ‘규칙성’에 핵심이 있는 개념이지, 1일에 적어도 몇 시간 이상 근무하여야 한다는 ‘최소근무시간’과는 직접 관련이 없다는 점, ② 직업안정법의 하위 규정인 구 「단시간근로 직업상담원규정」은 「근로기준법」상 통상근로자와 단시간근로자의 구분을 그대로 반영한 것으로 ‘단시간근로 직업상담원’의 경력까지 고려한 것은 아니라는 점, ③ 공무원보수규정상 ‘상근으로 근무함’이라는 문언은 2012년 규정 개정 이후, 비정규직에 대한 차별을 시정하는 차원에서 정규직 외에 ‘비정규직 중 상근으로 근무한 유

1) 서울행정법원 2019. 7. 11. 선고 2018구합89190 판결.

2) 서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2019누53411 판결.

사경력'을 인정하여 호봉 확정 및 재확정에 반영하기 위한 것으로, '상근'의 의미를 엄격하게 해석하여 그 인정범위를 제한하려는 것은 아니라는 점을 제시하고 있다.

이 사건은 '상근'의 의미에 관하여 해석한 최초의 대법원 판례로서,³⁾ '단시간근로 직업상담원'과 같은 단시간 근로자도 '항상성'과 '규칙성'을 핵심 개념으로 하는 '상근'의 통상적인 의미에 해당할 경우 '상근' 근로를 한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다는 점에 의의가 있다.⁴⁾ 다만 이 사건의 '상근'에 관한 해석이 당해 사건을 넘어서 일반적인 해석 기준으로 안착되기 위해서는, 그 판단 요소인 '항상성'과 '규칙성'의 범위와 경계에 관한 추가적인 검토가 필요하다. 대상판결에서는 1주 25시간의 소정근로시간을 매일 5시간씩 근무했으므로 '공공서의 통상적인 근무일' 모두를 근무하였다는 점에 주목하여 판단하였지만, 그 법리를 그대로 따를 경우, 예컨대 1주 24시간의 소정근로시간을 1일 8시간씩 주3일 근무하였다면, '사업장의 통상적인 근무일' 모두를 근무하지 않은 것이므로, '항상성'과 '규칙성'을 갖추지 못한 것으로 판단하여야 하는 것인지, 만약 그렇게 판단한다면 근무일 선택에 따른 차별이 되지 않는지에 대한 해답이 제시되어야 할 것이다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

-
- 3) 2020. 6. 4. 보도 [대법원 선고 2020두32012 호봉재확정거부처분 취소 사건에 관한 보도 자료] 참고.
- 4) 또한 '상근'의 의미에 관한 공무원보수규정 등의 해석에 있어서, 용어의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위에서 사건 규정의 제·개정 연혁과 입법취지를 합리적으로 반영하고 있다는 점도 대상판결의 의의 가운데 하나라고 할 수 있다.
- 5) '항상성(恒常性)'의 사전적 정의를 살펴보면, "생체가 여러 가지 환경 변화에 대응하여 생명 현상이 제대로 일어날 수 있도록 일정한 상태를 유지하는 성질 또는 그런 현상" 내지 "여러 가지 조건이 바뀌어도 친숙한 대상은 항상 같게 지각되는 현상"을 의미한다고 되어 있다(네이버검색·표준국어대사전). 대법원 보도자료에서는 '상근'을 파악하는 핵심 개념으로 '항상성'을 제시했다는 점에서 의의를 찾고 있지만, '항상성'의 통상적, 사전적 의미와 대상판결에서의 맥락이 직관적으로 이어지지 않는다는 점을 고려할 때, 이에 대한 추가적인 (규범적) 해석은 피할 수 없을 것으로 생각된다.

무기계약직 근로자의 기존 취업규칙 적용

- 대법원 2019. 12. 24. 선고 2015다254873 판결 -

【판결요지】

「기간제법」 제4조 제2항은 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.”라고 정하고 있다. 이러한 규정에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자의 근로조건에 대하여는, 해당 사업 또는 사업장 내 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자가 있을 경우 달리 정함이 없는 한 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등이 동일하게 적용된다.

원고들은 피고 대전문화방송 주식회사에 기간제(계약직) 근로자로 입사하여 근무하던 중 「기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법)에 따라 무기계약직으로 전환되었다. 피고 회사는 원고들이 무기계약직으로 전환된 이후에도 매 1~2년마다 원고들과 고용계약을 체결하였고, ① 기본급과 상여금을 지급하였는데 정규직 직원들의 80% 수준이었다. ② 근속수당은 정규직에게 지급할 뿐 원고들에게는 지급하지 않았으며, ③ 자가운전보조금은 정규직에게는 월 30만 원씩 지급하였으나, 원고들에게는 월 20만 원씩만 지급하였다.

이에 원고들은 무기계약직 전환 이후 피고 회사의 취업규칙을 적용하여 정규직 직원들과 같은 임금을 지급하고 호봉 승급이 이루어져야 함에도 불구하고, 피고 회사가 원고들을 여전히 기간제 근로자와 같이 취급하는 것은 기간제법 제8조 또는 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제6조의 규정에 반하여 무효이며, 이에 대한 임금 차액의 지급을 청구하는 소를 제기하였다.

제1심인 대전지방법원(2014. 5. 21. 선고 2013가합101467 판결)은 원고들은 기간의 정함이 없는 근로자이므로 기간의 정함이 있는 계약체결을 핵심적 요소로 하는 계약직 근로자로 볼 수 없고, 피고 회사가 원고들을 대상으로



별도의 규율을 적용하고 있지도 않으므로, 결국 원고들은 피고 회사에서 본래부터 기간의 정함이 없는 근로자, 즉 정규직 근로자들이기 때문에 이들에게 적용되는 취업규칙 등 제반 규정의 내용이 모두 적용된다고 판시하였다.

그러나 제2심인 대전고등법원(2015. 11. 26. 선고 2014나11589 판결)은 제1심과 다른 판결을 내렸다. 먼저 취업규칙은 사업(장)의 모든 근로자들에게 일률적으로 적용되는 것은 아니고, 근로자의 근로조건, 근로형태, 직종 등의 특수성에 따라 근로자 일부에게 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있음을 판시하였다. 그런데 원고들 무기계약직 근로자들에게 별도로 규정 형태의 취업규칙은 존재하지 않았지만, 원고들이 체결한 매 1~2년의 고용계약서가 무기계약직 근로자들에 대하여 직접 적용되는 근로조건을 설정한 취업규칙이라고 보았다. 그리고 이러한 양 취업규칙의 내용이 근로기준법 제6조의 균등처우 위반인지를 심사하였다.

그 결과 고용계약서에 따라 지급되는 80% 수준의 ① 기본급과 상여금은 정규직과 무기계약직 간의 임용경로나 직책의 차이 등으로 인해 정당하다고 보았다. 그러나 ② 근속수당에 대해서는 무기계약직 근로자와 정규직 근로자 간 근속이 본질적으로 다르지 않기에 비교의 대상이 되어 합리적인 이유가 없는 차별이며, ③ 자가운전보조금 역시 자기차량을 이용한 업무활동의 범위와 내용, 지출비용 등이 정규직 근로자와 다를 바 없다는 점을 감안하면 비정규직이라는 사회적 신분을 이유로 한 차별에 해당한다고 판시하였다.

대법원은 다시 제2심의 판시 내용을 파기하고 환송하였다. 즉, ①~③ 모두 차별을 인정하였다. 대법원은 먼저 고등법원이 취업규칙으로 인정한 고용계약서는 원고들이 기간제 근로자였을 당시와 동일한 형식의 고용계약서를 작성한 것으로 별도의 취업규칙으로 볼 수 없으며, 무기계약직 근로자들에게도 정규직 근로자들에게 적용되는 취업규칙이 동일하게 적용된다고 판시하였다. 그 이유는 ㉠ 기간제법 제4조 제2항은 사용자가 기간제 근로자를 2년을 초과하여 사용한 경우의 효과에 관하여 그 근로계약 기간을 정한 것만이 무효로 된다가나, 또는 근로계약 기간을 제외한 나머지 기존 근로조건은 여전히 유효하다는 식으로 규정하고 있지 않다. 그리고 ㉢ 기간제법 제8조 제1항의 문언상으로는 기간제 근로자에 대한 차별적 처우만을 금지하고 있지만, 그 규정 취지와 공평의 관념 등을 함께 고려하면, 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로

자의 근로조건은 다른 특별한 사정이 없는 한 동종 또는 유사 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에게 적용되는 근로조건보다 불리하여서는 아니 된다고 해석되기 때문이다.

2006년 ‘비정규직보호법’이라 불린 기간제법이 시행되었을 당시 우리 사회가 목표한 바는 2년간 성실히 일한 비정규직 근로자는 정규직 근로자가 되어 차별을 받지 않는다는 것이었다. 그러나 정작 그 결과물은 ‘무기계약직’이라는 제3의 신분을 만들어냈을 뿐이다. 즉, 계약직 - 무기계약직 - 정규직으로 계층의 사다리를 더욱 복잡하게 만들어 놓았다. 이러한 상황에서 이번 대법원의 판시는 무기계약직과 정규직 근로자 간에는 본질적으로 차이가 나서서 안 됨을 기간제법 제4조 2항과 제8조 제1항의 해석을 통해 밝혔다는 점에서 무척 의의가 있다.

특히 제8조 제1항의 해석에서 고등법원이 이 규정은 기간제 근로자와 (정규직을 포함한) 무기계약직 근로자 사이의 차별적 처우를 금지하는 취지일 뿐 기간제에서 전환된 무기계약직 근로자와 정규직 근로자의 차별적 처우를 금지하는 규정은 아니라고 한 것을 반박하여, 문언의 취지와 공평의 관념상 양자 간의 차별이 일어나서는 안 된다는 것을 명확히 밝혔다.

생각건대 이번 대법원의 논지는 어떤 새로운 법리를 창설한 것이 아니라 기간제법과 근로기준법의 균등처우 및 취업규칙의 내용을 사안에서 확인한 해석이라고 볼 수 있다. 여기서 대법원은 별도의 취업규칙을 마련하는 경우를 제외한다고 하여 사용자가 무기계약직 근로자에게만 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있음을 전제하였다. 그러나 2개의 취업규칙이 생긴다고 하더라도, 다시 양자 간에는 기간제 제8조 제1항과 근로기준법 제6조의 균등 처우 문제가 제기될 것이다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

단체협약의 협의 사항 해석과 업무방해죄

- 울산지방법원 2019. 8. 9. 선고 2019고단428 판결 -

【판결요지】

기존에 생산 중인 차종의 증산을 위해 투입비율을 변경할 때 단체협약과는 별도로 노사 간 협의 후 시행해 온 관행이 있더라도, 어느 차종의 차량을 언제 얼마나 생산할지 여부는 경영주체인 회사가 시장의 수요와 재료의 수급 등 여러 가지 사정을 고려하여 결정해야 하는 고도의 경영상 판단에 속하는 사항으로서 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다.

사건 단체협약의 진정한 의미는 반드시 노조와 사전에 ‘협의’하여야 한다는 취지가 아니라 조정 시 발생할 수 있는 문제점과 수반되는 작업환경 개선 및 인원 배치 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 그 의견을 성실히 참고하게 함으로써 차량 양산을 위한 공정 등 조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 ‘협의’의 취지로 해석함이 상당하다.

피고인은 전국급속노동조합 A 자동차지부 B 공장 사업부위원회의 대의원이다. 피해자 A 회사는 C 자동차의 판매 호조와 미국 수출로 인하여 물량 증산이 필요하여 피고인 측 노조에 C 자동차의 생산 대수를 늘릴 것을 협의 요청하였다. 피고인 측 노조는 처음에는 협의를 거부하다가, 이후 협의를 받아들인 후 추가 인원 배치를 요구하였고, 이를 수용할 수 없는 A 회사는 일방적으로 C 자동차의 생산 대수를 증가시켰다.

피고인은 A 회사의 이러한 조치에 B 공장 의장 라인의 정지 버튼을 누르고 직원들을 선동하여 이틀에 걸쳐 총 약 998분 동안 생산 라인을 가동하지 못하게 하여 피해 회사로 하여금 고정비 약 16억 원의 손해를 입게 하는 등 위력으로 피해 회사의 자동차 생산 업무를 방해하였다.

이에 지방법원은 피고인에게 업무방해죄를 인정하여 징역 6월에 집행유예 2년을 선고하였다.

피고인 측은 노사 간 협의 없이 생산 대수를 늘린 것은 단체협약을 위반한 것으로 보호할 만한 가치가 없는 업무이므로 업무방해죄의 구성요건에

해당하지 않고, 설령 그것이 구성요건에 해당하더라도 회사의 부당한 처사에 대한 저항으로서 정당방위 또는 정당행위에 해당한다고 주장하였다.

지방법원은 먼저 피고인 측의 첫 번째 주장에 대해서 형법상의 업무방해죄의 보호 대상이 되는 업무란 반드시 그 업무가 적법하거나 유효할 필요는 없으므로 법률상 보호할 가치가 있는 업무인지 여부는 그 사무가 사실상 평온하게 이루어져 사회적 활동의 기반이 되고 있는냐에 따라 결정되어야 하고, 그 정도가 사회생활상 도저히 용인할 수 없는 정도로 반사회성을 띠는 데까지 이르거나 법적 보호라는 측면에서 그와 동등한 평가를 받을 수밖에 없는 경우에 이르지 아니한 이상, 업무방해죄의 보호 대상이 된다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도9828 판결 등)는 것을 판시하였다.

그리고 피고인 측의 두 번째 주장에 대해서 지방법원은 본 사건에서는 정당방위 인정의 전제가 되는 피고인 본인 또는 노조의 법익에 대한 현재의 부당한 침해가 없고, 회사의 고도의 경영상 판단에 속하는 사항에 대해서 공장의 생산 라인을 멈춘 것은 목적의 정당성을 인정하기 어렵고, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 긴급성이나 보충성의 요건을 갖추었다고 보기 힘들어 정당행위에 해당할 수 없다고 판시하였다.

적법한 쟁의절차를 거치지 않고 생산 라인을 멈춘 것에 대해 ‘현행법’상 업무방해죄가 성립하며 본 사안의 경우 특별히 정당방위 또는 정당행위로 인정될 요소가 없다는 것에는 인정한다.

그러나 지방법원의 판시 중 다음과 같은 부분은 의아함을 자아낸다.

지방법원은 본 사건의 업무가 업무방해죄의 보호법익에 속하는 업무라는 점을 논증하기 위해 다음과 같은 판시를 한다. 차종의 증산을 위해 투입비용을 변경할 때 단체협약과는 별도로 노사 간의 협의 후 시행해 온 관행이 있었으며, 실제 본 사건 전 해에 ‘차종 간 투입비용 조정 필요 시 사전 통보하여 노사 합의하여 운영한다.’는 세부 운영 합의를 작성하였다는 점을 사실관계로 인정한다. 그러나 어느 차종의 차량을 언제 얼마나 생산할지 여부는 경영 주체인 회사가 시장의 수요와 재료의 수급 등 여러 가지 사정을 고려하여 결정해야 하는 고도의 경영상 판단에 속하는 사항으로서 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항으로 보이는 점, 그리고 신차종 양산에 관한 단체협약을 보면 노조와 ‘사전 협의’하여 결정하되 일방적으로 시행할 수 없다고 규정한 점을 보면 위 단체협약의 진정한 의미는 반드시 노조와

사전에 ‘합의’하여야 한다는 취지가 아니라 조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 ‘협의’의 취지로 해석함이 상당하다고 판시하였다.

하지만 지방법원이 합의 아닌 협의의 논거로 내세운 ‘고도의 경영상 판단’에 대해서는 이견이 있다. 단체협약상의 ‘협의’ 조항을 ‘합의’와 ‘협의’ 중 무엇으로 볼 것인가는 협약 문맥의 의미, 당사자 간의 의사, 그동안의 관행 등을 종합하여 고려할 것이지 단체협약의 사항이 고도의 경영상 판단에 속하는 것이라 합의 아닌 협의 사항이라고 보는 것은 맞지 않는다.

우리 대법원은 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결 이후 종종 정리해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 구조조정의 문제는 사용자의 고도의 경영상 결단이기 때문에 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 판시하고 있다.

그러나 ‘고도의 경영상 결단’ 또는 ‘경영권’은 매우 모호한 개념이다. 순수한 의미의 사용자 재량 범위에 속하는 사항이라기보다는 단체교섭의 대상으로서 근로조건 및 노사관계 외의 사항(여집합)을 포섭하는 의미로 주로 쓰이고 있다. 하지만 무엇이 근로조건이고 사용자의 재량 범위인지는 일도양단할 수 없다. 노동법이 발전해가며 사용자의 영역이라고 여겨졌던 것들이 근로조건으로 변화하였다. 사용자의 재량 사항이라고 하더라도 사용자와 근로자가 그것에 대하여 협의 또는 합의하기로 하였다면 얼마든지 그것은 근로조건에 준(準)해 취급하여야 한다. 따라서 본 사안의 생산 인력 조정에 관한 사항도 노사가 단체교섭의 대상으로 하여 단체협약을 체결하였으면 그 해석에 있어 고도의 경영상 결단이라는 잣대는 사라져야 한다. 또한, 대법원의 논지를 인정한다고 하더라도 대법원의 일관된 판시사항이 ‘고도의 경영상 결단’에 속하는 영역은 정리해고 등 구조조정에 국한되어 있는 한 종전 대법원의 판시 사항을 인용함에 있어도 주의해야 할 것이다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

취업규칙 불이익 변경과 유리한 근로계약의 최근 세 가지 사례

- 창원지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019나52123 판결¹⁾ -

【판결요지】

근로계약을 체결한 이후에 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 근로자에게 불리하게 변경되었다고 하더라도 해당 근로자가 그 취업규칙의 변경에 동의하는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 근로자의 기존 근로계약이 취업규칙이 정한 대로 당연히 변경된다거나 그 취업규칙 중 근로계약과 상충되는 부분이 기존의 유리한 근로계약에 우선하여 적용된다고 할 수 없다.

이 글은 아래의 세 가지 판례의 사안을 소재로 삼았고, 대상판례로 선정된 것은 사례③이다. 지난해 나온 주식회사 문경레저타운의 대법원 판결(사례②)은 학계에서 동조와 비판을 동시에 받으며 취업규칙 불이익 변경의 효력 및 유리성 원칙 등과 관련된 논의에 불을 지피는 계기가 되었고, 이에 대한 평석 및 관련 글이 쏟아졌다. 우선 시간 순으로 대상판결들의 사안을 보면 아래와 같다.

(1) 주식회사 광덕산업(사례①)²⁾: 근로자A와 사용자 간 “실제 근무한 날짜가 월 20일 이상인 경우 약정수당을 지급하고, 만근수당의 액수는 월 600,000원으로 한다.”라는 내용의 근로계약을 체결하였다. 사용자는 회사의 자금 상황이 악화되자 2016. 4. 11. 노사협의회를 개최하여 인원감축 및 임금조정 등을 내용으로 하는 지구계획안을 의결하고, 2016. 4. 26. 근로자 206명 중 144명(69.9%)으로부터 “기본임금 외에 모든 약정수당을 폐지한다.”, “본 합의사항은 2016. 5. 1.부터 시행한다.”라는 내용의 지구계획안에 동의서를 받

1) 사례③: 1심 창원지방법원 통영지원 2019. 1. 30. 선고 2018가소21596 판결 → 2심 창원지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019나52123 판결 → 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다297083 판결. 위 판결요지는 2심 판결의 내용이다.

2) 사례①: 1심 울산지방법원 2017. 6. 14. 선고 2016가합23102 판결 → 2심 부산고등법원 2017. 8. 30. 선고 2017나53715 판결 → 대법원 2017. 12. 13. 자 2017다261387 판결에서 심리불속행 기각으로 확정.

았다. 그러나 근로자A는 위 자구계획안에 동의하지 않았고, 위 자구계획안에 따라 근로조건이 변경된 근로계약서에 서명하거나 날인하지도 않았다. 사용자가 위 자구계획안에 따라 근로자A에게 만근수당을 지급하지 않자 근로자A는 만근수당 미지급으로 사용자(대표이사)를 부산지방법고용노동청 울산지청에 고소하였고,³⁾ 부산지방법고용노동청 울산지청이 만근수당 미지급과 관련하여 근로자A에게 ‘채불 임금 등 사업주 확인서’를 발급하자 이에 사용자가 임금을 지급할 의무가 없다는 채무부존재 확인의 소를 제기하였다. 1심 울산지방법원은 “취업규칙은 그것이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약을 그 부분에 한하여서만 무효로 하는 효력을 가질 뿐이고「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제97조 참조, 취업규칙에 정한 내용보다 근로계약에 정한 근로조건이 근로자에게 유리한 것인 때에는 당연히 근로계약에 정한 근로조건이 취업규칙보다 우선하여 유효하게 적용된다. 또한 취업규칙이 근로계약과의 관계에서 최저한의 기준을 설정하는 효력만 가지는 이상, 근로계약을 체결한 이후 시점에 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 근로자에게 불리하게 변경되었다고 하여 유리한 근로계약에 우선하여 불리하게 변경된 취업규칙이 적용된다고 볼 수도 없다.”라고 판시하면서 사용자의 청구를 기각하였다. 2심 부산고등법원은 1심 판결을 그대로 인용하는 판결을 하면서 “취업규칙은 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 것인 데 반해, 근로계약은 사용자와 근로자의 합의에 기초한 것이므로, 어떠한 근로조건에 관해 취업규칙과 근로계약이 각기 다르게 정하고 있다면, 취업규칙이 근로자에게 보다 유리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 근로계약이 우선 적용된다고 봄이 상당하다.”라는 내용을 추가하는 판단을 하였다.

3) 부산지방법고용노동청 울산지청은 사용자(대표이사)를 임금 미지급의 근로기준법 위반 혐의로 검찰에 기소의견으로 송치하자 검찰은 울산지방법원에 임금 미지급으로 약식명령을 청구하였으며, 사용자는 울산지방법원으로부터 벌금 50만 원의 약식명령을 받고 같은 법원에 정식재판을 청구하였다. 울산지방법원은 “원고(사용자)가 기본임금 외에 모든 약정수당을 폐지한다는 취지의 이 사건 자구계획안에 대하여 노사협의회를 거쳐 근로자들의 과반수의 동의를 얻음으로써 취업규칙을 적법하게 변경하였고, 그에 따라 원고는 피고에게 더 이상 만근수당을 지급할 의무가 있다고 인정하기 어렵다.”라는 이유로 사용자(대표이사)에게 무죄판결을 하고, 이에 대해 검사가 항소를 제기하여 항소심이 진행 중이다.

(2) 주식회사 문경레저타운(사례②)⁴⁾: 2014. 3.경 사용자와 근로자 간 연 70,900,000원을 기본연봉으로 정한 근로계약을 체결하였다. 2014. 6. 25. 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 임금피크제(정년 2년 남은 자: 임금피크 기준연봉의 60%, 정년 1년 남은 자: 임금피크 기준연봉의 40%) 적용에 동의하여 ‘임금피크제 운용세칙’(취업규칙)을 제정하였다. 사용자는 2014. 9. 23. 임금피크제 적용에 따른 임금 내역을 근로자에게 통지하자 근로자는 임금피크제의 적용에 동의하지 않는다는 의사를 표시하였다. 그럼에도 사용자는 2014. 10. 1.부터 근로자에게 임금피크제를 적용하여 2014. 10. 1.~2015. 6. 30. 정년이 2년 미만 남아 월 기본급의 60%를 지급하고, 2015. 7. 1.~2016. 6. 30. 정년이 1년 미만 남아 월 기본급의 40%를 지급하였다. 근로자의 미지급 임금 청구에 대해 1심과 2심은 임금피크제의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 전체 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 취업규칙에 해당하는 ‘임금피크제 운용세칙’에 동의하였으므로 적법·유효하고, 이와 다른 내용의 기존 근로계약에 우선하여 임금피크제가 적용된다고 판단하였다. 이에 대해 대법원은 “(근로기준법 제97조) 위 규정은, 근로계약에서 정한 근로조건이 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 경우 취업규칙에 최저기준으로서의 강제적·보충적 효력을 부여하여 근로계약 중 취업규칙에 미달하는 부분을 무효로 하고, 이 부분은 취업규칙에서 정한 기준에 따르게 함으로써, 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적인 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정이다. 이러한 규정 내용과 입법 취지를 고려하여 근로기준법 제97조를 반대해석하면, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다. 한편 …(근로기준법 제94조) … 위 규정은 사용자가 일방적으로 정하는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하려고 할 경우 근로자를 보호하기 위하여 위와 같은 집단적 동의를 받을 것을 요건으로 정한 것이다. 그리고 근로기준법 제4조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”라고 정하고 있다. 위 규정은 사

4) 사례②: 1심 수원지방법원 안양지원 2017. 6. 23. 선고 2016가단115485 판결→2심 수원지방법원 2017. 12. 7. 선고 2017나68660 판결 → 최종심 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결(파기환송).



용자가 일방적으로 근로조건을 결정하여서는 아니 되고, 근로조건은 근로관계 당사자 사이에서 자유로운 합의에 따라 정해져야 하는 사항임을 분명히 함으로써 근로자를 보호하고자 하는 것이 주된 취지이다. 이러한 각 규정 내용과 그 취지를 고려하면, 근로기준법 제94조가 정하는 집단적 동의는 취업규칙의 유효한 변경을 위한 요건에 불과하므로, 취업규칙이 집단적 동의를 받아 근로자에게 불리하게 변경된 경우에도 근로기준법 제4조가 정하는 근로조건 자유결정의 원칙은 여전히 지켜져야 한다. 따라서 근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기준의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다.”라고 판시하면서 원심판결을 파기하고 이를 원심법원에 환송하였다.

(3) 주식회사 금강산업과 주식회사 고강산업(대상판결, 사례③): 사용자X는 금강산업과 고강산업이라는 상호로 각 사업장을 운영하다가 같은 이름의 주식회사를 설립하였고, 근로자A와 근로자B는 각 금강산업과 고강산업에 고용되어 근무하던 중 각 주식회사로 승계되었다. 사용자X는 2016. 2. 16.경 근로자A와, 2016. 6. 1.경 근로자B와 근로계약을 체결하면서 상여금 550%를 지급하기로 하였다(실제 근로계약서에 상여금에 대하여 “1년 이상 근무 시 연 55%를 지급한다.”라고 기재되어 있고, 이 계약에 정함이 없는 사항에 대하여 취업규칙에 따른다고 정하였다). 2016. 7. 22.경 사용자X는 설명회를 개최하여 상여금 550%를 400%로 삭감하는 취업규칙 변경 절차를 진행하였고, 70%를 넘는 근로자들이 위 취업규칙 변경에 동의하였으나 나머지 근로자들은 이에 동의하지 않았다. 이후 금강산업은 상여금을 400%에서 0%로 삭감하고, 이를 기본급에 포함시켜 지급하기로 하는 취지의 취업규칙 변경 절차를 진행하였으나 근로자A는 이에 동의하지 않았고, 119명 근로자들 중 60명은 변경절차에 동의하였다. 근로자들은 사용자X를 상대로 변경된 취업규칙에 따라 지급받지 못한 상여금의 차액을 청구하는 소송을 제기하였다. 1심 창원지방법원 통영지원은 근로자들의 손을 들어주었고, 2심 창원지방법원은

1심 판결을 그대로 인용하는 판결을 하였으며, 대법원은 상고이유(「소액사건 심판법」 제3조)에 해당하지 않아 상고를 기각하는 판결을 함으로써 원심을 확정하였다. 창원지방법원은 위 사례①의 부산고등법원의 추가 판단 부분에 덧붙여 위 【판결요지】와 같이 판시하였다.

필자는 위 판결들의 결론이 타당하다고 생각한다. 대상판결들의 내용을 간략히 정리하면, 근로계약을 체결한 이후 적법한 절차(근로기준법 제94조 제1항 단서)를 거쳐 취업규칙이 불리하게 변경되더라도 이와 같은 취업규칙에 개별 근로자가 동의⁵⁾하지 않는 이상 근로계약으로 정한 유리한 근로조건이 취업규칙보다 우선 적용된다. 이러한 결론은 유리성 원칙을 굳이 거론하지 않더라도 당연히 인정되는 법률상 효력(근로기준법 제97조)이다.⁶⁾ 그렇다고 적법한 절차를 거쳐 불리하게 변경된 취업규칙은⁷⁾ 언제나 이러한 변경에 동의한 개별 근로자에게만 적용되는 것은 아니다. 별도의 근로계약을 체결하지 않거나, 불리하게 변경된 취업규칙의 근로조건이 근로계약으로 약정한 근로조건이 아니거나, 근로계약으로 근로조건을 약정하였더라도 취업규칙의 변경에 따라 근로계약상의 근로조건도 변경된다는 취지가 포함된 근로계약을 체결한 경우에도 불리하게 변경된 취업규칙이 적용될 수 있다.

강선희(법학박사)

5) 이 경우 개별 근로자의 동의는 기존 근로계약의 유리한 근로조건을 변경하는 승낙의 의사표시이고, 동의로서 변경계약이 체결된 것이다.
 6) 강선희(2013), 「단체협약과 취업규칙의 관계와 유리성 원칙」, 『노동법학』 제45호, 한국노동법학회, pp.147~ 189 참조.
 7) 취업규칙 불이의 변경의 주체가 근로자 과반수로 조직된 노동조합인 때도 있다. 과반수 노동조합이 불리하게 변경된 취업규칙과 같은 내용으로 단체협약을 체결한 경우 조합원인 개별 근로자에게 위 취업규칙 및 단체협약(「노동조합 및 노동관계조정법」 제33조)이 적용될 수 있으므로 조합원의 개별적인 동의는 필요치 않다고 볼 수 있다. 그러나 조합원이 아닌 근로자는 위의 대상판결들과 맥락이 같으므로 개별 동의를 받아야 한다.

경영권 사항에 대한 단체협약 합의 조항의 효력

- 인천지방법원 부천지원 2020. 7. 22. 선고 2020카합10193 결정 -

【판결요지】

사용자의 경영권에 속하는 사항이라도 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 않는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다. 다만 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그 단체협약의 이행을 강요하여 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 사용자는 그 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 경영권을 행사할 수 있다고 할 것이다.

이 사건 단체협약 제12조의 의미에 비추어 볼 때, 이 사건 단체협약 제12조가 경영권 본질을 침해한 규정이라고 볼 수 없고, 달리 이 사건 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 만한 사정이 없다.

채권자 A 노동조합은 금속 및 관련 산업에 종사하는 근로자들로 구성된 전국 단위의 산업별 노동조합이고, 산하에 채무자 B 회사 소속 근로자들로 구성된 C 지회와 C 사무지회를 두고 있다.

채무자 B 회사는 버스 제조·판매업을 하는 법인으로서 2010년경부터 울산공장에서 생산시설을 관리하고 있으며, 베트남, 중국, 파키스탄, 카자크, 코스타리카, 미얀마, 대만에 해외 공장을 운영하고 있다.

채권자와 채무자는 2018. 10. 23. 단체협약을 체결하였는데 제12조는 아래와 같은 합의의무를 규정하고 있다.

그 후 2018. 12. 7. 채무자의 생산·관리총괄 전무 D는 채무자는 베트남 및 미얀마 신규시장 진출을 위해 설립한 합자회사에서 생산된 완성차를 역수입하거나 국내 판매하지 않으며, 기타 국내 생산 차량의 해외 공장 생산 이관과 관련하여 단체협약 제12조를 준수한다는 내용의 확인서를 작성하였다.

그러나 채무자의 대표이사는 2020. 3. 30. 울산공장을 방문하여 근로자들을 상대로 회사 적자가 누적되어 울산공장을 폐쇄하겠다는 취지의 발언을 하였고, 채무자는 2020. 12. 31.까지 울산공장에서의 차량 생산을 중단하고

제12조(합의의무)

회사는 다음의 사항에 대하여는 조합과 사전에 합의하여야 한다.

1. 기업의 합병, 정리, 해산, 양도 및 공장 이전
2. 사업장 단위 및 차종 단위의 사업 양도
3. 조합원과 관련된 모든 작업 일체 또는 일부를 외주처리할 때 단, 상기 각 항 이외의 사업내용이 변경될 때에도 조합원의 신분에 관하여는 합의하여 결정한다.

베트남에 있는 채무자의 공장을 주요 공장으로 육성한다는 계획을 수립하였다. 이후 2020년 4월경부터 7월경까지 울산공장에서 생산하던 2개 버스 모델의 부품을 베트남 공장으로 반출하기 위한 작업을 발주하였다.

이에 채권자인 A 노동조합은 채무자 B 회사를 상대로 채권자와의 사전 합의 없이 울산공장의 해외 이전을 위해 울산공장에서 생산하던 차량 부품들을 베트남 공장으로 옮기는 행위와 울산공장의 수주 및 생산을 전면 중단하는 행위 등은 이 사건 단체협약 제12조 위반으로 이를 금지해 달라는 가처분을 법원에 신청하였다.

법원은 먼저 채무자의 부품 반출 행위가 단체협약 제12조에 규정된 ‘공장 이전’에 해당하는지 여부를 따졌는데, 울산공장에서만 생산하던 차량 모델의 부품들을 베트남 공장에서도 생산가능하도록 포장 발주를 하고 있는 점, 울산공장의 기존 계약직 인력을 대부분 퇴사시키고, 정규직 직원들도 희망퇴직을 받거나 경영상 이유에 의한 해고 절차를 밟고 있는 점 등을 보면 채무자 B 회사가 울산공장의 물적 설비 자체를 베트남 공장으로 이전하는 것은 아니더라도 생산량 조절 행위를 넘어선 중국적인 공장 이전 절차를 진행하고 있는 것으로 이 사건 단체협약 제12조의 적용대상으로 보아야 한다고 판시하였다.

그 후 법원은 단체협약이 경영권을 제한할 수 있는지 관련 법리를 실시한다. 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결을 인용하여 “사용자의 경영권에 속하는 사항이라도 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 않는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다. 다만 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그 단체협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명

백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 사용자는 그 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 경영권을 행사할 수 있다고 할 것이다.”라고 판시한 다음, 구체적인 판단에 들어간다.

법원은 단체협약에 사용된 협의, 합의, 동의라는 용어를 분석하여 단체협약 제12조에 기재된 ‘합의’를 ‘사전 동의’는 아니라고 판단하였다. 그러나 이 조항은 채무자 회사로 하여금 조합원들의 고용보장을 위하여 경영상 결단을 내리기 전에 실질적으로 채권자 노동조합의 의견을 반영하도록 함으로써 채권자 조합원들과 채무자 회사가 상생하는 방안을 마련할 수 있도록 하기 위하여 ‘합의’라는 용어를 사용하였다고 보았다.

그리고 단체협약 제12조가 경영권의 본질을 침해하였다고 볼 수 없고 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 만한 사정이 없음을 확인한 다음, 채무자 B 회사에게 단체협약 제12조 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과가 초래되는지를 판단한다. 이에 대해 법원은 채무자 B 회사가 현재 경영상의 어려움을 겪고 있지만, 이는 이 사건 단체협약 체결 당시 예측할 수 없었다고 보기 어렵고 채무자(전무)가 채권자에게 채무자의 의사를 재확인시켜 준 점을 감안하면, 채무자가 경영상 문제를 이유로 이 사건 단체협약의 구속력으로부터 벗어날 수 없다고 하였다.

이렇게 법원은 채무자 B 회사의 단체협약 제12조의 구속력을 확인한 다음, 채무자 회사가 과연 단체협약 제12조를 위반하였는지를 살핀다. 법원은 울산공장의 이전이 채무자의 경영상 불가피한 측면이 있었다고 하더라도 채권자 조합원들의 고용관계에 미치는 영향이 크므로 최대한 채권자 조합원들과 채무자 회사가 상생할 수 있는 방안에 관하여 채무자가 채권자와 성실하게 ‘합의’할 의무가 있음에도 채권자는 울산공장 생산 업무를 베트남 공장으로 이전하기 위한 준비를 하고 있는 것을 보면 채권자와의 합의의무를 성실하게 이행하지 않고 있는 것으로 판단하여 단체협약 제12조 위반으로 보았다.

이에 법원은 피보전권리의 보전 필요성을 인정하여 ① 생산 차량의 엔진과 부품을 베트남 기타 해외 공장으로 반출하는 행위와 이를 위해 포장하는 행위, ② 생산 차량의 울산공장 수주 및 생산을 전면적으로 중단하는 행위, 그리고 ③ 베트남 및 기타 해외 공장에서 생산된 완성차를 국내로 역수입하거나 국내에서 판단하는 행위를 금지하였다. 다만, 향후 채무자가 단체협약 제12조에 따른 합의절차를 성실히 이행한 정도, 채무자의 경영여건 등에 관

하여 급박한 변화나 위험 등이 있을 경우 그와 같은 변화나 위험 등을 반영하여 이 사건 가처분의 효력 유지를 다시 판단할 필요가 있으므로 이 사건 가처분의 효력기한을 2020. 12. 31.까지로 제한하였다.

경영권의 실체를 인정할 것인가에 대한 논의를 별론으로 하고, 단체교섭의 대상, 그중 의무적 교섭사항에 경영사항이 포함되는가에 대해서는 여러 논의가 있다. 먼저 ① 부정설은 경영사항은 사용자의 경영권에 속하기 때문에 단체교섭의 대상이 될 수 없다는 견해이다. 노동3권 행사의 전제를 사용자의 재산을 침해하지 않는 범위 내로 국한하여 해석한다. ② 제한적 긍정설은 경영사항이 근로조건과 밀접한 관계가 있다면 의무적 교섭사항이 된다는 학설로 현재 우리나라의 다수설이다. 단, 근로조건과 무관한 사항이더라도 임의적 교섭사항은 될 수 있다. ③ 구분설은 경영사항을 경영의사의 결정과 그것이 근로조건에 미치는 영향을 구분하여 후자만 의무적 교섭사항으로 인정한다. 가령 구조조정과 같은 경영권의 본질적인 부분에 대해서는 교섭사항이 될 수 없으나, 구조조정 이후 근로자의 해고 기준 등에 관한 사항은 단체교섭의 대상이 될 수 있다는 것이다.

판례는 세 가지 학설 중 어떤 견해를 택하였는지 분명하지 않다. 과거에는 쟁의행위의 정당성에 관한 사안에서 부정설을 택한 판결례들이 있어 부정설을 취하는 것으로 인식되었으나 그것이 현재도 그렇다고 하기에는 불명확해 보인다. 그러나 본 사건에서 법원이 인용한 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두 20406 판결에서 보다시피 일단 경영사항을 단체협약으로 규정하였다면 구속력은 인정된다.

본 판결은 경영사항이더라도 단체협약으로 규정되었다면 사용자는 그것을 성실히 이행해야 할 의무가 있으며 그것을 피보전권리로 하여 노동조합은 경영행위에 대한 금지 가처분을 신청할 수도 있음을 잘 보여주었다는 점에서 의의가 있다. 특히나 사용자가 경영사항에 관한 단체협약을 준수해야 하는 이유로 그것이 일으킬 영향에 대해 노사 간의 ‘상생’을 도모하기 위하여 판시한 점은 기존의 경영사항에 관한 판례들이 형사사건으로서 주로 처벌의 관점에서 본 것을 감안하면 상당한 진전이라 할 수 있다.

근로조건

고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 계산식(計算式)

- 대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체판결 -

【판결요지】

통상임금에 해당하는 월급 또는 일급 형태로 지급받는 고정수당의 시간급 통상임금 산정을 위하여 총근로시간 수에 연장근로시간의 ‘가산율’ 150%와 연장 및 야간근로시간의 ‘가산율’ 200%를 고려하여서는 아니 된다. 그리고 이 사건 각 임금협정은 원고들의 기본 주휴수당을 기본시급의 8시간분으로 정하고, 그에 대해 150%의 ‘가산율’을 약정한 경우에 해당하므로, 통상임금에 해당하는 월급 형태로 지급받는 고정수당의 시간급 통상임금 산정을 위한 총근로시간 수를 산정할 때에는 주휴수당의 ‘가산율’을 고려하지 않고 1주당 주휴근로의제시간 8시간을 합산하여야 한다. 결국 시간급 통상임금은 다음과 같이 산정되어야 한다.

가) 일급으로 정한 고정수당의 경우

고정수당 ÷ (기본근로 8시간 + 연장근로 4.5시간 + 연장 및 야간근로 0.5시간)

나) 월급으로 정한 고정수당의 경우

고정수당 ÷ {(1주의 기본근로 40시간 + 주휴근로의제 8시간 + 연장근로 22.5시간 + 연장 및 야간근로 2.5시간) × 365일 ÷ 12월 ÷ 7일}

1. 사안의 배경

피고는 버스여객 자동차 운송사업 등을 사업목적으로 하는 회사로서 충청남도 버스운송산업조합의 조합원이고, 원고들은 피고에 고용되어 버스 운전

기사로 근무하다가 퇴직한 자들이다. 피고와 원고들이 조합원으로 소속되어 있는 전국자동차노동조합연맹 충남지부 산하에 있는 J고속분회(이하, 이 사건 노조)는 2009년부터 2011년까지 각 임금협정을 체결하였는바, 피고는 임금협정에 따라 산정한 시급을 시간급 통상임금으로 보고, 시급을 기준으로 계산한 기본급, 연장근로수당, 야간근로수당, 주휴수당이 포함된 ‘일당액’을 정한 다음, 원고들이 근무한 일수에 일당액을 곱한 금액을 월 기본급으로 지급하였다. 한편, 원고들은 근무일마다 「근로기준법」(이하, 근로기준법)이 정한 기준근로시간을 초과하여 약정한 근로시간 동안 근로하였고, 약정 근로시간에 대한 대가로 월 기본급 외에도 ‘월급 또는 일급 형태의 각종 고정수당’을 지급받았다.

이러한 상황에서 원고들은 피고가 통상임금에서 제외한 각종 고정수당(근속수당, 승무수당, 연초수당, 운전자 공제회비, 식대, 상여금)이 통상임금에 해당한다고 주장하면서, 이를 기초로 재산정한 연장근로수당, 야간근로수당, 주휴수당, 만근수당, 유급휴일수당 등을 청구하였다. 제1심¹⁾과 원심²⁾은 원고들의 청구를 일부 받아들였고, 원고들과 피고가 각각 상고를 제기하였다.

2. 관련법령의 개관

근로기준법 제50조 제1항은 “1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다.”고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 “1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다.”고 규정하고 있다. 통상 이를 ‘법정근로시간’으로 부른다(대상판결에서 말하는 ‘기준근로시간’은 본 고에서는 ‘법정근로시간’으로 고쳐 읽기로 한다). 한편, 동법 제53조 제1항은 ‘당사자 간에 합의하면 1주간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.’고 규정하고 있으며, 제59조 제1항은 같은 항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업에 대하여 사용자가 근로자대표와 서면으로 합의한 경우에는 제53조 제1항에 따른 주(週) 12시간을 초과하여 연장근로를 하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 대상판결은 「여객자동차운수사업법」 제3조 제1항 제

1) 대전지방법원 2014. 8. 13. 선고 2012가합5180 판결.

2) 대전고등법원 2015. 11. 5. 선고 2014나3236 판결.

1호에 따른 노선(路線) 여객자동차운송사업에 관한 사건인바, 노선(路線) 여객자동차운송사업은 2018. 3. 20. 개정 근로기준법(시행일: 2018. 7. 1.)에 따라 특례업종에서 제외되기 전까지는 특례업종에 해당하던 업종이다.

한편, 근로기준법 제2조 제1항 제8호는 ‘소정(所定)근로시간’을 제50조에 따른 근로시간(법정근로시간)의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 말한다고 규정하고 있는바, 따라서 당사자 간에 법정근로시간을 초과하여 근로시간을 약정한 경우에는, 이러한 시간을 근로기준법상 ‘소정근로시간’으로 볼 수는 없다. 대상판결에서 ‘약정 근로시간’이라는 용어를 사용한 것은 이러한 점을 고려한 것으로 생각된다. 한편, 통상임금을 시간급 금액으로 산정하는 방법에 관하여 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제2호는 ‘일급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액’이라고, 같은 항 제4호는 ‘월급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 월의 통상임금 산정 기준시간 수(1주의 통상임금 산정 기준시간 수에 1년 동안의 평균 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈 금액’이라고 규정하고 있다.

3. 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 계산식(計算式)

법정근로시간의 범위 내에서 적법하게 ‘소정근로시간’을 정한 사업장에서 ‘일급제’나 ‘월급제’의 방식으로 임금을 지급하는 경우 시간급 통상임금은 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제2호, 제4호에 따라 산정하면 되고, 또 그로써 족하다. 그러나 ‘일급액’이나 ‘월급액’이 법정근로시간 이내로 정해진 ‘소정근로시간’의 대가가 아니라, 법정근로시간을 초과하는 시간으로 약정된 ‘약정근로시간’에 대한 대가에 해당하는 경우에는 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제2호, 제4호를 직접 적용할 수 없으며, 따라서 이를 시간급 통상임금으로 환산하는 계산식(計算式)의 분모를 어떻게 보아야 하는가에 대한 해석상 문제가 발생한다.

법정근로시간을 초과하는 ‘약정근로시간’과 관련하여 먼저 생각해야 하는 문제는 법정근로시간을 초과하여 정한 ‘약정근로시간’의 유효성일 것이다. “당사자 간에 합의하면 1주간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.”는 근로기준법 제53조 제1항이 법정근로시간을 초과하는 ‘약정

근로시간'을 정하는 것까지 허용하는 취지로 해석하기는 어렵다는 것이 필자의 사견이다. 다만, 실무상 '고정OT'라는 방식으로 단체협약에서 법정근로시간을 초과하는 '약정근로시간'을 정하는 경우가 있으며, 법정근로시간에 대한 임금과 미리 약속된 연장근로, 야간근로 및 휴일근로에 대한 임금 및 법정수당을 사전에 계산하여 소위 '포괄임금약정'을 체결하는 방식으로 임금총액을 정하는 경우도 있다. 그런데 이러한 '고정OT'라든가 '포괄임금약정'의 경우에는 법정근로시간에 대한 임금이 얼마이고, 법정근로시간을 초과하는 연장근로, 야간근로 및 휴일근로에 대한 임금(법정수당 포함)이 얼마인가에 관하여 당사자 간에 명시적인 합의(물론, 이러한 합의의 적법성에 대하여는 별도의 사법심사가 필요할 것이다)가 있는 경우이다. 따라서 '고정OT'나 '포괄임금약정'이 체결된 사안에서의 주된 법적 쟁점은 그러한 약정에 미리 산정된 법정수당이 근로기준법을 준수한 것인지 여부이다. 한편, 이러한 경우 시간급 통상임금은 원칙적으로 '소정근로시간(법정근로시간)'에 대한 일급액 또는 월급액을 분자로 놓고, 여기에 근로기준법 시행령 제6조 제2항 제2호 및 제4호를 적용 산정하면 족할 것이다.

그러나 대상판결은 이러한 '고정OT' 내지 '포괄임금약정'이 존재하지 않는 사안이라는 점에서 상황이 많이 다르다. 대상판결은 단체협약으로 법정근로시간(1일 8시간, 1주 40시간)을 초과하는 '약정근로시간'이 정해진 사업장에서, 단체협약으로 고정수당을 지급하기로 정하면서 그러한 고정수당이 무엇에 대한 대가인지(즉, '법정근로시간'에 대한 대가인지, 연장근로를 포함한 '약정근로시간'에 대한 대가인지) 명시적으로 합의하지 않은 사안이다. 즉, 대상판결의 경우에는 노사당사자가 통상임금의 판단기준에 관한 2013년 전원합의체 판결이 선고되기 전에 단체협약을 체결하면서 법리상 통상임금에 해당하는 몇몇 고정수당을 통상임금의 산정범위에 포함하지 않았던 사안이므로, 단체협약을 체결한 당시 무엇에 대한 대가로 그러한 고정수당을 지급하기로 한 것인지에 관한 노사당사자의 의사가 명확하지 않다.

따라서 이러한 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산함에 있어 분모(分母)를 무엇으로 보아야 할 것인지 해석상 문제가 발생하는데, 먼저 해당 고정수당이 ① '법정근로시간'의 노무제공에 대한 대가인지, ② 법정근로시간을 초과하는 '약정근로시간'의 노무제공에 대한 대가인지를 먼저 판단해야 할 것이고, 후자의 경우라면 해당 고정수당이 ③ 법정근로시간을 초과한 연장근

로 등에 대한 법정수당을 ‘미리’ 고려하여 정한 것인지, 아니면 ④ 법정근로시간을 초과한 연장근로 등에 대한 법정수당을 고려함 없이 단순히 ‘약정근로시간’의 노무제공에 대한 대가로 정한 것인지 판단해야 할 것이다. 물론, 그러한 고정수당을 법정근로시간의 근로제공에 대한 대가로 이해한다면(법정근로시간의 범위 이내에서 소정근로시간을 정하는 대부분의 사업장의 경우에는 이에 해당할 것으로 생각한다), 근로기준법 시행령 제6조 제2항 각 호에 따라 시간급 통상임금을 산정하면 족할 것이다. 그러나 근로기준법 제59조 제1항 각 호의 특례업종의 경우에는 현실적으로 예외적으로 법정근로시간을 초과하는 ‘약정근로시간’을 정하는 경우가 빈번하며, 이러한 경우 단체협약에서 지급하기로 정한 고정수당은 법정근로시간의 노무제공에 대한 대가라기보다는 단체협약으로 정한 ‘약정근로시간’의 노무제공의 대가로 보는 것이 단체협약 체결 당사자의 가정적 의사에 부합한다고 생각한다. 따라서 이러한 경우 해당 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산함에 있어 근로기준법 시행령 제6조 제2항 각 호를 그대로 적용할 수는 없을 것이며, 법원의 입장에서는 통상임금 제도의 취지를 고려한 논리적 조작을 통하여 시간급 통상임금을 구할 수밖에 없을 것이다.

이러한 상황에서 종래의 판례는 시간급 통상임금 산정을 위한 계산식의 분모에 ‘연장근로시간 또는 야간근로시간에 대한 가산수당 산정을 위한 가산율을 고려하여 연장근로시간 1시간 또는 야간근로시간 1시간을 각각 1.5시간으로 가산하여 반영’하는 입장을 취하였다(이는 고정수당이 법정근로시간을 초과한 연장근로 등에 대한 법정수당을 ‘미리’ 고려하여 정한 것으로 당사자의 의사를 의제(擬制)한 것이다. 위 ③의 경우). 반면, 대상판결은 ‘가산수당 산정을 위한 가산율을 고려하지 않고 연장근로시간 1시간 또는 야간근로시간 1시간을 각각 그대로 1시간으로 반영’하여 시간급 통상임금 산정을 위한 계산식의 분모를 정하도록 하였다. 이는 다수의견에 대한 대법관 박상욱, 대법관 민유숙, 대법관 김선수의 보충의견(이하, “보충의견”)이 밝히고 있는 바와 같이, 고정수당의 시간급 산정 방식에 관한 당사자의 의사가 형성되어 있다고 보기 어렵다는 점을 전제로 “법질서 형성의 관점에서… 통상임금의 의의와 기능, 이 사건 단체협약 및 각 임금협정 등에 드러나는 당사자의 의사, 근로기준법 규정 내용 등을 종합적으로 고려하여 타당하고 합리적인 기준”을 만들고자 한 것으로 평가된다. 특히 이러한 판단은 고정수당의

시간급 산정 방식에 관한 당사자의 의사가 형성되어 있다고 보기 어려운 사안에서의 시간급 통상임금 환산에 적용할 법률의 흠결을 인정하고, 이러한 흠결을 보충(補充)하기 위하여 법형성을 한 것으로 이해된다.

한편, 대상판결과 관련하여 “대법원發 ‘통상임금 2차 충격’ 온다.”는 등 일각의 우려³⁾와 관련하여, 대상판결은 위의 보충의견에서 명확하게 밝히고 있듯이 ‘고정수당의 시간급 산정 방식에 관한 당사자의 의사가 형성되어 있다고 보기 어려운 사안’을 전제로 하는 것이다. 따라서 법정근로시간의 범위 이내에서 소정근로시간을 정하는 대부분의 사업장은 물론 ‘유효’한 포괄임금 약정을 체결한 사업장이나 소위 ‘고정OT’ 약정을 체결하여 법정근로시간 내의 근로와 이를 초과하는 연장근로 등에 대한 임금을 사전에 명확하게 구분한 사업장에 대하여는 적용될 여지가 없다. 대상판결의 의미에 대한 정확한 이해가 없는 선정적인 보도는 백해무익하다.

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

3) 2020. 1. 22.자 매일경제신문 인터넷판

<<https://www.mk.co.kr/news/economy/view/2020/01/75389/>>.

연차휴가 사용촉진제도의 의의와 효용성

- 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결 -

【판결요지】

(사용자의 연차휴가 사용촉진제도 이후) 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 연차휴가가 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없다. 다만, 위와 같은 휴가 미사용은 근로자의 자발적인 의사에 따른 것이어야 한다. 근로자가 지정된 휴가일에 출근하여 근로를 제공한 경우 사용자가 휴가일에 근로한다는 사정을 인식하고도 노무의 수령을 거부한다는 의사를 명확하게 표시하지 아니하거나 근로자에 대하여 업무 지시를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 근로자가 자발적인 의사에 따라 휴가를 사용하지 않은 것으로 볼 수 없어 사용자는 근로자가 이러한 근로의 제공으로 인해 사용하지 아니한 휴가에 대하여 여전히 보상할 의무를 부담한다.

원래 휴가제도는 근로자의 재충전과 사회적·문화적 생활을 영위하기 위한 것이다. 하지만 장시간근로가 만연한 한국사회의 연차휴가 실태를 살펴보면, 휴가제도의 취지는 상실되고 임금 보전을 위한 수단으로 사용되고 있는 것도 사실이다.

2003년 「근로기준법」(이하, 근로기준법)이 개정되기 이전에는, 사용자가 근로자에 대해 연차휴가 계획의 제출을 요구하는 등 적극적인 권고에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 않았다면 미사용 휴가에 대한 금전보상이 이루어져야 하는 것으로 해석하였다.¹⁾ 이는 (월차 및 연차²⁾ 휴가에 취득 요건(출근율)을 설정하는 등 휴가제도가 근로보상적 성격을 갖기 때문에, 일단

1) 근기 68207-1760, 2002.4.24.

2) 2003년 근로기준법 개정 이전의 월차휴가 및 연차휴가 규정을 살펴보면 다음과 같다.
제57조 (월차유급휴가) ① 사용자는 1월에 대하여 1일의 유급휴가를 주어야 한다.
② 제1항의 규정에 의한 유급휴가는 근로자의 자유의사로 1년간에 한하여 적치하여 사용하거나 분할하여 사용할 수 있다.
제59조 (연차유급휴가) ① 사용자는 1년간 개근한 근로자에 대하여는 10일, 9월 이상 출근한 자에 대하여는 8일의 유급휴가를 주어야 한다.

취득한 휴가에 대한 근로자 권리성을 강하게 인정하고자 하는 입법 태도에 기인한다. 하지만 휴식을 위한 연차휴가의 사용이 강조되면서, 2003년 근로기준법 개정을 통하여, 적극적으로 휴가의 사용 권유를 했음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 않은 경우 미사용 휴가에 대한 사용자의 금전보상 의무를 면제하는 제도, 즉 연차휴가 사용촉진제도가 도입되었다(제61조).

연차휴가 사용촉진제도는 연차휴가에 관한 권리를 사용자가 근로자에게 알려주고, 이를 사용하도록 ‘촉구’하는 것으로 사용자의 배려의무에 근거한 제도이다. 근로기준법은 연차휴가 사용촉진제도가 연차휴가 미사용수당을 회피하기 위한 수단으로 악용되는 것을 방지하기 위하여 사용자의 시기지정 촉구와 휴가사용 촉구의 내용을 법정화하고 있다. 그러므로 사용자는 근로기준법상 정해진 기간에 규정된 방식으로만 연차휴가의 시기지정 촉구와 휴가사용 촉구를 할 수 있다. 또한 제도의 운용은 물론 해석에 있어서도, 제도의 취지를 고려하여야 한다.

대상판결은 퇴직 근로자의 연장근로수당 및 연차휴가수당 등 법정수당 지급에 관한 것인데, 주요한 쟁점은 사용자의 연차휴가 사용촉진에 따라 미사용 연차휴가에 대한 보상의무가 면제되는지에 관한 것이다. 이 사건 사용자는 연차휴가 사용촉진제도의 시기지정 촉구를 법정 요건에 부합되게 하였다.³⁾ 이에 따라 해당 근로자는 총 21일의 미사용 연차휴가 중 11일에 대한 시기지정을 하였지만, 실제 연차휴가는 하루만 사용하였다. 그리고 나머지 10일에는 정상적으로 출근하여 근로를 제공하였으며, 사용자도 별다른 이의 없이 노무제공을 수령하였다. 그리고 이후 11월에 총 20일에 대한 미사용 연차휴가 시기지정을 다시 하였는데, 시기지정 당시 연차휴가일 중 3일에 대하여 해외 출장이 예정되어 있었다. 그럼에도 불구하고, 사용자는 연차휴가 결재를 하였으며, 해당 근로자는 계획대로 해외 출장을 수행함은 물론, 이후 지정된 연차휴가일 중 4일에 출근하여 통상적으로 업무를 수행하였다.

이에 대하여 원심법원은 사용자가 “미사용 연차휴가에 관하여 구(舊) 근로기준법 제61조 규정에 따라 연차사용을 촉진하였고, 그에 따른 제반 규정을 준수하였기 때문에 (해당 근로자가) 연차휴가를 모두 사용하지 않았다고

3) 근로기준법 제61조 ②1. 제60조 제7항 본문에 따른 기간이 끝나기 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 사용하지 아니한 휴가일수를 알려주고, 근로자가 그 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구할 것.

하더라도 연차휴가 미사용수당을 지급할 의무가 없다.”고 판단하였다.⁴⁾ 반면 대상판결에서는 사용자가 시기지정 추구를 적법하게 한 것은 맞지만, ① 이후 사용자의 휴가일 지정 조치가 없었으며,⁵⁾ ② 휴가 미사용이 근로자의 자발적인 의사에 의하지 않았다는 점을 고려하여, 연차휴가 사용촉진제도의 유효성을 부정하면서, 연차휴가수당에 관한 부분을 파기·환송하였다.

근로기준법상 연차휴가 사용촉진제도는 연차휴가의 시기 지정에 관한 예외임과 동시에 임금 지급 의무의 면제 요건이다. 그러므로 단지 형식적인 사용촉진 행위 자체가 중요한 것이 아니라, 이에 따라 실제 연차휴가를 사용할 것이 요구된다. 현행 연차휴가제도는 취득 요건에 따른 보상적 성격이 강하므로, 이용과 금전 보상에서도 근로자의 권리를 엄격하게 해석하여야 하기 때문이다. 그러므로 대상판결의 사실 관계와 같이, 확정된 연차휴가일에 대한 노무수령 거부 의사 없이 적극적 노무제공 지시(출장)나 묵시적 수령이 있는 경우에는 그 유효성을 인정할 수 없다.⁶⁾

다만 입법 정책적으로는, 연차휴가의 취득률 산정과 근로자의 시기지정권, 금전보상과 연차휴가 사용촉진제도와 같은 휴가의 지정과 보상이 ‘휴식권 보장’ 차원에서 타당한 방식인지에 관해서는 검토가 필요하다. 대상판결과 같이 퇴직 시 연차휴가의 금전보상을 다루는 경우에는 연차휴가 사용촉진제

4) 인천지방법원 2019. 9. 26. 선고 2018나66800 판결.

5) 근로기준법 제61조 ②2. 제1호에 따른 추구에도 불구하고 근로자가 추구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 전부 또는 일부의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니하면 최초 1년의 근로기간이 끝나기 1개월 전까지 사용자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보할 것.

6) 근로기준법상 노무수령 거부의 방식에 관해서는 별도의 근거 규정이 없다. 따라서 ① 업무수행 및 근태관리에 대한 지시 및 통제, ② 노무수령 거부 의사 방법의 명확성, ③ 출근사유가 업무수행과 긴밀한 관련성이 있는지 등 구체적인 사실관계를 종합적으로 고려하여 그 유효성을 판단하여야 한다(근로기준법-351, 2010. 3. 22.). 이때 핵심적 판단기준은 사용자의 노무수령 거부해당 휴가일에 근로자가 출근한 경우 근로자가 인지할 수 있을 정도로 구체적으로 이루어졌는지 여부가 될 것이다. 예컨대 ㉠ 사용자(관리자)가 대면으로 노무수령 거부 의사를 명확하게 표시하고 퇴근 조치시키거나, ㉡ 연차휴가일에 해당 근로자의 책상 위에 ‘노무수령 거부 의사 통지서’를 올려놓거나, ㉢ 컴퓨터를 켜면 ‘노무수령 거부 의사 통지’ 화면이 나타나도록 하는 등 해당 근로자가 사용자의 노무수령 거부 의사를 즉시 인지 가능한 경우에는 사용자의 노무수령 거부를 인정할 수 있다. 한편 이메일의 경우 해당 근로자가 반드시 열람한다는 보장이 없다는 점, 열람했다 하더라도 메일 내용을 정확하게 인지했는지 확인할 수 없다는 점에서 근로자가 인지할 수 있는 정도의 의사표시 수준이라고 보기 어렵다고 본 행정해석도 있다(근로개선정책과-4271, 2012. 8. 22.).

도의 유효성을 검토할 수 있지만, 일반적으로 근로관계가 지속되는 중에 휴가 시기 및 일수에 대한 원칙을 사용자에게 ‘권리’로서 주장하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러므로 휴가 시기 지정에 대한 권한을 사용자가 일부 행사하고 이에 대한 관리·감독을 하는 것이 ‘휴식으로서의 연차휴가’라는 취지에 더 부합할 수 있을지도 모른다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 위법성 (3)

- 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다303417 판결 -

【판결요지】

단체협약 등에 의하여 정기적·계속적으로 일정 지급률에 따라 지급되는 정기상여금의 지급기일 전에 근로자가 퇴직한 경우에 그 지급조건에 관하여 특별한 다른 정함이 없는 한 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금에 대해서는 근로의 대가로서 청구할 수 있다. 이러한 정기상여금의 임금으로서의 성격을 고려하면, 단체협약이나 취업규칙 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급한다는 규정을 두면서, 정기상여금에 관하여 근무기간에 비례하여 지급한다는 취지의 규정을 두고 있는 경우, 전자의 규정 문언만을 근거로 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니다. 이러한 경우에는 사업장 내에서의 정기상여금 지급 실태나 관행, 노사의 인식, 정기상여금 및 그 밖의 임금 지급에 관한 규정 내용 등을 종합하여 특정 시점 전에 퇴직하더라도 후자의 규정에 따라 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금을 지급하기로 정한 것은 아닌지를 구체적인 사안별로 신중하게 살펴야 한다.

이 사건은 피고회사가 기본급의 30일분에 직급수당을 더한 금액의 1,200%에 해당하는 상여금을 매월 임금 지급 시 100%씩 정기적으로 지급하기로 단체협약으로 정하고, 취업규칙으로 ‘상여금 지급은 20일 현재 재직한 자에 한하여 지급한다.’라고 규정하는 동시에 취업규칙에 ‘근무일수가 부족한 경우에는 일할 계산하여 지급한다.’거나 ‘입사나 퇴사로 인해 근로일수가 부족한 경우의 임금은 일할로 계산하여 지급한다.’라고 정하고 있는 사안에서 정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’이 있는가에 관한 해석 기준이 다투어진 사안이다.

먼저, 이 사건 원심판결¹⁾은 “피고는 원고들을 비롯한 근로자들에게 단체협약과 취업규칙에 따라 통상임금의 1,200%에 해당하는 상여금을 매월 임금

지급일에 100%씩 나누어 정기적으로 지급하였으나, 20일 현재 재직한 근로자에 한하여 이를 지급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고가 지급하여 온 상여금은 특정 시점(20일)에 재직 중일 것을 급여를 지급받을 수 있는 자격요건으로 하고 있어 근로자가 근로를 제공하더라도 특정 시점 전에 퇴직하면 해당 기간의 상여금을 전혀 지급받지 못하므로 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 고정성도 결여한 것으로 통상임금에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.”고 보아 이 사건 정기상여금이 ‘고정성’을 결여하였다고 판단하였다. 특히 원심판결은 피고와 근로자들 사이에는 상여금을 근무일수에 비례하여 고정적으로 지급하기로 하는 명시적 또는 묵시적 노사합의가 이루어졌거나 그러한 지급 관행이 있었다고 보기에 어렵다거나, 피고회사의 노사가 대법원 2012다89399 전원합의체 판결 선고 이후인 2015. 8. 단체협약을 체결하면서 “상여금 지급은 매월 20일 현재 재직한 자에 한하여 지급한다.”는 상여금 지급조건에 관한 규정을 추가 신설한 점 등의 사정을 이유로 “피고회사의 취업규칙 제85조에서 ‘입사나 퇴사로 인해 근로일수가 부족할 경우의 임금은 일할로 계산하여 지급한다.’고 규정하고 있고, 제98조 제6항에서 ‘근무일수가 부족한 경우 일할 계산하여 지급한다.’고 규정하고 있으므로 퇴직자에 대한 상여금도 일할 계산되어야 하고, 이에 따라 피고는 소속 근로자가 특정 시점 전에 퇴직하더라도 그 근무일수에 비례한 만큼의 임금을 지급하여 왔으므로 근무일수에 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성이 부정되지 않고, 취업규칙 제98조 제5항 ‘상여금 지급일은 20일 현재 재직한 자에 한하여 지급한다.’는 규정만을 근거로 고정성을 부정한다면 이는 상위 규범인 단체협약에 반하는 것”이라는 근로자들의 주장을 배척하였다.

이러한 원심판결에 대하여 대법원은 “단체협약 등에 의하여 정기적·계속적으로 일정 지급률에 따라 지급되는 정기상여금의 지급기일 전에 근로자가 퇴직한 경우에 그 지급조건에 관하여 특별한 다른 정함이 없는 한 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금에 대해서는 근로의 대가로서 청구할 수 있다. 이러한 정기상여금의 임금으로서의 성격을 고려하면, 단체협약이나 취업규칙 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만

1) 대구고등법원 2018. 11. 21. 선고 2015나23667 판결.

지급한다는 규정을 두면서, 정기상여금에 관하여 근무기간에 비례하여 지급한다는 취지의 규정을 두고 있는 경우, 전자의 규정 문언만을 근거로 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니"라고 판시하고, '상여금 지급은 20일 현재 재직 한 자에 한하여 지급한다.'라는 피고회사의 취업규칙 조항은 그 기재만으로는 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 매달 20일에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는다는 취지라고 곧바로 단정할 수 없으므로, 원심로서는 위 조항이 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 매달 20일에 재직하지 않는 사람에게는 이 사건 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지인지 아니면 매달 20일 전에 퇴직하더라도 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼 이 사건 정기상여금을 지급하기로 정한 것인지를 신중하게 판단하였어야 하는데도 이와 달리 이 사건 정기상여금은 특정 시점에 재직 중일 것을 급여를 지급받을 수 있는 자격요건으로 하고 있어 근로자가 근로를 제공하더라도 특정 시점 전에 퇴직하면 해당 기간의 이 사건 정기상여금을 지급받지 못하므로 고정성 등을 결여하고 있다고 판단한 원심에는 정기상여금의 지급조건 해석, 통상임금성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다는 이유로 원심을 파기환송하였다.

'지급일 재직 조건'을 이유로 정기상여금의 통상임금성을 부정한 원심판결을 파기한 대상판결의 결론에 대해서는 찬성한다. 다만, 대상판결 또한 원심과 동일하게 통상임금의 '요건'으로 엄격한 '고정성'을 요구한 대법원 2012다89399 전원합의체 판결의 판례법리의 토대 위에서 '지급일 재직 조건'을 바라보고 있다는 점은 불만이다. 물론, 판례변경을 위해서는 다시 전원합의체를 거쳐야 한다는 현실을 고려하면, 기존 판례법리와의 조화를 꾀하는 범위에서 구체적 타당성을 모색한 재판부의 입장도 충분히 이해가 된다. 또한 '지급일 재직 조건'의 존부 내지 유효성을 엄격하게 판단하여야 한다는 취지의 판시만으로도 의미가 있다고 생각한다. 그럼에도 필자는 통상임금의 요건으로 '고정성'을 요구한 2013년 전원합의체 판결 자체가 통상임금의 본질을 오해한 '부당한 법형성'이라는 입장에서 대상판결을 재검토해 보고자 한다.

1. '고정성' 요건의 불요성

1953년 제정 「근로기준법」(이하, 근로기준법)은 시간외근로에 대한 할증임금의 산정을 위한 기준으로 '통상임금'이라는 용어를 사용하면서도(제46조) 그 개념을 법률로 정의하지는 않았고, 1954년 제정 「근로기준법 시행령」(이하, 근로기준법 시행령)은 일급, 주급, 월급 등이 통상임금에 해당함을 전제로 동 급여액을 해당 기간의 소정근로시간 수로 나누어 시급으로 환산할 수 있다고 규정하였다(제24조). 이후 1982년 개정 동법 시행령에서 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”이라는 통상임금의 일반적인 정의조항이 도입되었다(제31조 제1항).

이러한 연혁을 고찰해 보면, 1982년 근로기준법 시행령 개정으로 도입된 '정기적·일률적'이라는 개념은 하늘에서 갑자기 뚝 떨어진 '새로운' 개념이 아니라, 1954년 이래 동 시행령에서 통상임금으로 열거하고 있던 '시급, 일급, 주급, 월급'의 공통적인 개념표지를 귀납추론하여 추상화·일반화한 것으로 이해함이 옳다. 이러한 추상화·일반화는 '시급, 일급, 주급, 월급' 이외의 방식으로 지급하기로 '정한' 임금도 통상임금의 개념에 포섭하기 위한 취지였을 것이다. 즉 '포괄유추'를 통하여 시급, 일급, 주급, 월급의 유형적 표지인 정기성, 일률성을 추출하여 일반화하고, 시급, 일급, 주급, 월급 외의 형태의 임금도 이러한 유형적 표지를 갖춘 경우에는 통상임금에 해당한다는 점을 입법으로 명시한 것이다.

이렇게 이해한다면, '일률적'이라는 말은 하나의 비율로 지급하기로 정한 임금이라는 의미를 갖는 것으로 보아야 한다. 시급, 일급, 주급, 월급의 공통점은 단위기간에 대하여 하나의 비율, 즉 '○원/시간'의 단위로 정하여진 임금이라는 점이다. 즉, 통상임금의 단위는 '원'이 아니라 '원/시간'이다. 이는 미국 FLSA에서 우리나라의 통상임금에 해당하는 개념으로 'regular rate of pay(통상임금률)'라는 용어를 사용한다는 점을 보면 직관적으로 이해가 될 것이다. 따라서 '일률적'이라는 말을 '모든 근로자' 또는 '일정한 조건을 충족한 근로자' 등의 의미로 사용한 판결들은 '일률적'이라는 용어가 근로기준법 시행령에 들어오게 된 맥락을 전혀 고려하지 못한 것으로 동의할 수



없다.

‘일률적’이라는 말을 ‘하나의 비율’이라고 문자 그대로 이해할 경우, 통상 임금의 개념표지로 ‘고정성’을 별도로 요구할 필요성은 없어진다. 하나의 비율로 지급하기로 정한 임금은 그 자체로 ‘고정성’이 있기 때문이다. 따라서, 2013년 전원합의체 판결이 ‘고정성’이라는 용어에 집착한 것은 ‘일률성’이라는 말을 그러한 용어가 도입된 맥락과 다르게 ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’ 등의 의미로 오해한 결과, 원래 ‘일률성’이라는 유형적 표지가 담담했어야 하는 기능을 ‘고정성’이라는 별도의 개념표지를 추가하는 방식으로 해결한 것이다. 이처럼 법령에 규정되지 않는 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건으로 추가한 2013년 전원합의체 판결은 통상임금의 유형적 표지로 ‘정기적·일률적’의 두 가지만을 규정한 입법자의 의도보다 통상임금의 범위를 부당하게 좁히는 것으로 동의하기 어렵다.

요컨대, 기존 판례가 통상임금의 요건으로 법문이 규정되지 않은 ‘고정성’을 요구하는 것은 법문에 규정된 ‘일률적’이라는 말의 의미를 제대로 해석해 내지 못한 데서 비롯된 결과이다.

2. 고정급 정기상여금의 소정임금성

기본급에 일정한 지급률을 곱한 금액을 고정급으로 지급하는 ‘한국식’ 정기상여금은 실질적으로는 월소정근로에 대응하는 기본급을 수개월 누적하여 후불로 지급하는 것에 불과하다. 근로기준법 시행령 제23조 제3호에서 ‘매월 임금정기일 지급 원칙’의 예외로 규정하는 ‘상여금’은 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 기업의 경영실적, 근로자의 근무성적 등의 사유에 따라 산정하여 지급하는, 따라서 본질적으로 그 지급금액이 가변적인 임금을 의미한다. 따라서 고정급으로 지급되는 정기상여금은 당연히 소정근로의 대가이고 엄격한 의미에서 상여금(Bonus)의 개념에 해당하지 않는다. 대법원도 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결에서 상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 당시 근로기준법 제36조 제2항 단서 및 동법 시행령 제18조에 규정된 임시지급의 임금과 같이 볼 수 없고 정기일 지급 임금의 성질을 띤 것이라고 보아야 하므로, 상여금 지급기간 만료 전에 퇴직한 근로자라

도 특단의 사정이 없는 한 이미 근무한 기간에 해당하는 상여금은 근로의 대가로서 청구할 수 있다고 판시한 바 있다.

3. 지급일 재직 조건의 위법성

소정근로의 대가로 지급되는 고정급의 정기상여금의 경우, 이러한 상여금의 산정기간 도중에 퇴직한 근로자에 대하여 실제 근무일수에 비례하여 산정된 금액은 당연히 지급되어야 한다. 이러한 고정급의 정기상여금에 ‘지급일 재직 조건’을 붙이는 방법으로 ‘임금을 비임금화’하는 것은 임금 정기일 지급의 원칙, 금품청산의 원칙 내지 임금의 사전포기에 대한 제한, 강제근로 금지 원칙의 각 측면에서 근로기준법의 명문규정은 물론 공서(公序)에도 반하므로 무효이고, 다만 이러한 조건을 ‘퇴직일의 다음 날부터 상여금의 산정기간의 마지막 날’까지 기간의 정기상여금을 비례적으로 공제한다는 의미로 제한적으로 해석될 수 있을 것이다. 따라서 일부 사업장의 단체협약 등에 ‘지급일 재직 조건’과 함께 일할지급에 관한 규정이 있는 경우 이러한 일할지급 규정은 ‘확인적 의미’를 갖는 것이고, 나아가 일할지급에 관한 명문의 규정이 없는 사업장의 경우에도 정기상여금의 지급일 이전에 퇴사한 근로자는 자신이 제공한 근로기간에 상응하는 금액의 정기상여금을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

대상판결은 “사업장 내에서의 정기상여금의 지급 실태나 관행, 노사의 인식, 정기상여금 및 그 밖의 임금 지급에 관한 규정 내용 등을 종합하여 특정 시점 전에 퇴직하더라도 후자의 규정에 따라 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금을 지급하기로 정한 것은 아닌지를 구체적인 사안별로 신중하게 살펴야 한다.”고 판시하였다. 위에서 언급한 바와 같이 기존 판례법리와 충돌하지 않는 범위에서 구체적 타당성을 도모한 대법원의 입장은 이해가 된다. 다만, 적어도 소정근로의 대가로 평가되는 고정급의 정기상여금에 붙은 ‘지급일 재직 조건’은 강행법규에 반하여 무효이다. 법률에 위반된 관행(즉, 사실)을 법률에 맞도록 교정하는 것이 공권력에 의하여 강제력이 담보된 규범, 즉 법률이 기능하는 일방적인 방식이지, 관행의 내용을 살펴 법률을 적용할 것인지 여부를 결정하는 것이 사법부가 할 일은 아닌 듯하다.



마지막으로, 기본급의 1,200%의 상여금을 ‘매월’ 100%씩 지급한 이 사건 피고회사의 경우 매월 고정금으로 지급된 상여금은 기본급의 ‘라벨같이’에 불과하다. 기본급에 ‘지급일 재직 조건’이 붙은 경우에도 ‘기본급의 지급 관행’을 물어 기본급의 통상임금성을 판단할 썬인가?

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

샤넬코리아 매장 직원의 출근은 몇 시인가

: 사업 전 준비시간의 실근로시간 해당 여부

- 서울중앙지방법원 2019. 11. 7. 선고 2017가합562931 판결 -

【판결요지】

「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제50조에서 말하는 근로시간은 근로자가 사용자의 지휘·감독을 받으면서 근로계약에 따른 근로를 제공하는 시간을 말하는데, 이는 근로자들의 과중한 근무시간을 제한하고자 하는 규정이므로 여기에서의 근로시간은 실근로시간을 의미한다. [...] 인정한 사실들만으로 피고가 원고들에게 정규 출근시간 09:00보다 30분 일찍 출근하여 09:30까지 이 사건 지침에 따른 메이크업 등을 완료할 것을 지시하였다거나 원고들이 피고들의 실질적인 지휘·감독 아래 이 사건 청구기간에 매일 09:00경 출근함으로써 근로계약 등에서 정한 출근시간보다 상시적으로 30분씩 조기 출근을 하고 실제 근로를 제공하였다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

1. 사건의 개요와 사실관계

대상판결은 샤넬코리아의 근로자 335명이 회사를 상대로 계약상의 정규 출근시각보다 일찍 출근하여 제공했던 근로에 대한 연장근로수당을 청구한 집단소송이다.

원고들은 전국 각 백화점의 샤넬 매장에 배치되어 화장품 등을 판매하는 업무를 담당했다. 근로계약, 취업규칙 및 단체협약에 기재된 정규 출근시각은 오전 9시 30분이고, 전국 백화점들의 매장 오픈시간은 대개 오전 10시 30분이다. 원고들은 매장에 최소 오픈 1시간 전까지 출근하여 환복, 휘장 걷기, 컴퓨터 시스템 로그인, 매장 청소, 백화점 행사 참여 등의 준비 업무를 수행해야 한다. 그중에서도 특히 회사가 제공하는 “그루밍가이드”(Grooming Guide)에 따라 오픈 전까지 각자의 메이크업도 완료해야 했다. 그루밍가이드에는 아이, 립, 네일 등 화장 부위별로 사용해야 하는 제품 종류와 화장 방식 등이 구체

적으로 기재되어 있다.

원고들에 따르면, 피고 회사는 계약상 출근시각인 9시 30분보다 30분 빠른 9시까지 조기 출근하여 지침에 따른 메이크업을 9시 30분까지 완료하도록 지시했다. 원고들은 그루밍가이드에 따라 메이크업과 복장 등을 갖추는 것은 사용자의 지시에 의해 근로계약상의 업무 수행과 연결된 필수 불가결인 행위이므로 근로기준법 제50조의 근로시간에 해당하며, 사용자는 3년에 걸친 이 사건 청구기간(2014. 7월 ~ 2017. 8월)에 해당하는 연장근로수당을 지급해야 한다고 주장했다. 출근시각에 관하여 아래와 같은 사실들이 인정되었다.

① 피고의 리테일 매니저인 甲 차장이 2015. 7. 1. 작성한 “매장관리 매뉴얼” 교육자료에는 “현재 적지 않은 수의 카운터 매니저들은 9시 30분이라는 시간에 강박증이라도 걸린 것처럼 맞추어 출근하고 있습니다. 시차)로 출근하는 시간도 마찬가지입니다. 9시 30분보다, 또는 11시보다 20~30분 더 일찍 출근하는 것이 아까운가요? 손해 보는 것처럼 느껴지나요?”라고 기재되어 있었다.

〈“매장관리 매뉴얼” 발췌〉²⁾

“많은 사람들이 외부 공간을 수리하는 데에는 상당한 의욕을 보이면서도 자기 자신을 개선하는 일에는 매우 소극적이다. 마음의 환경이 개선되지 않으니 계속 거기 머무를 수밖에 없는 것이다. 자기 자신을 개선한다는 진정한 의미의 자기 희생을 치른다는 것이다. 자기 자신을 의욕적으로 개선하려는 사람은 정신적, 물질적 목표를 명확하게 설정하므로 결코 실패하지 않는다.”

“생각 한번 해 봅시다~~!!

현재 적지 않은 수의 매니저들은 9시 30분이라는 시간에 강박증이라도 걸린 것처럼 맞추어 출근하고 있습니다.

9시 30분보다, 또는 11시보다 20~30분 더 일찍 출근하는 것이 아까운가요!!? 손해 보는 것처럼 느껴지나요!!?”

1) “시차”는 오전 시차 근무제를 말하는 것으로, 이 경우 정규 출근시간은 11:00이다.

2) “매장관리 매뉴얼”, p.3. 굵은 글씨 강조, 문장 줄바꿈 등은 매뉴얼 원문 그대로 인용했다.

② 원고들 중 일부는 2017. 1월경 리테일 매니저인 丙 차장에게 “차장님, 출근 보고입니다. 좋은 하루 되세요.”라는 출근 보고 카카오톡 메시지를 오전 09:00 이전에 여러 차례 발송한 바 있다.

③ 다수의 백화점 CCTV 영상에는 직원들이 9시 이전에 출근하여 그루밍 가이드에 따른 메이크업 및 개점 준비 등을 하는 모습이 촬영되어 있었다.

그러나 피고는 원고들에게 30분 전까지 출근해서 그루밍가이드에 따른 메이크업, 액세서리 착용 등을 완료하라고 명시 또는 묵시적으로 지시한 바 없다고 주장했다. 정규 출근시각인 오전 9시 30분부터 백화점이 오픈하는 10시 30분 사이의 1시간은 매장 오픈 준비시간으로 충분하며, 원고들이 청구기간 중 매일 30분씩 초과근로를 했다고 볼 객관적인 증거가 없다는 것이다.

2. 판결요지

법원은 원고들의 청구를 기각했다. 연장근로수당의 산정 기초가 되는 실근로시간의 개념은 “근로자가 사용자의 지휘·감독을 받으면서 근로계약에 따른 근로를 제공하는 시간”이라는 기존의 법리를 확인한 뒤,³⁾ 사안에서 인정된 사실만으로는 지휘·감독하에 조기 출근한 것으로 보기 어렵다며 다음과 같은 근거를 들었다.

첫째, 甲 차장이 작성한 매장관리 매뉴얼(이하, 매뉴얼)은 직원들이 “정규 출근시간보다 20~30분씩 일찍 출근하지 못하고 제 시간에 출근하는 것을 질책하는 듯한” 것으로 보이나, 해당 문구 바로 뒤에 이어지는 내용을 볼 때 행사 준비 등 특별한 사정이 있는 때에는 업무상 조기 출근이 필요하다는 취지로 해석되며, “업무에 철저히 임하라는 등 경각심을 일깨우는 내용”일 뿐이다.

둘째, 회사가 9시 정각을 기준으로 직원들의 근태를 관리하고 30분 조기 출근하지 않은 직원들에게 불이익을 가했다는 정황을 찾아보기 어렵기 때문에 조기 출근을 명시적 또는 묵시적으로 지시했다고 보기 어렵다.

셋째, 원고들 중 일부가 2017년 丙 차장에게 출근보고를 한 사실 외에 나

3) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92누9766 판결.

머지 기간에도 상시적으로 9시경 조기 출근했다는 점을 인정할 자료가 없으며, 원고들이 9시 출근을 입증하기 위해 제출한 백화점 매장의 CCTV 영상, 교통카드 사용 내역 등은 불충분하다.

넷째, 원고들은 백화점 매장 출근 이후 오픈 준비에 총 90분 내지 100분 정도가 소요된다고 주장하나, 지침에 따른 메이크업 등을 포함하여 개점 준비에 소요되는 시간이 1시간을 명백히 초과하여 30분의 조기 출근이 불가피하다거나, 원고들이 조기 출근한 9시 이후부터 정규 출근시간인 9시 30분까지의 시간을 자율적으로 사용하지 못하고 피고의 실질적인 지휘·감독 아래 있었다고 단정할 수 없다.

3. 쟁점과 비판적 검토

먼저, 그루밍가이드에서 지시하는 내용에 따른 화장 등을 하며 백화점 매장 오픈을 준비하는 것은 원고들의 주장대로 “근로계약상의 본래 업무 수행과 직간접적으로 연결된 필수 불가결한 행위”임에는 의문의 여지가 없다. 그루밍가이드는 근로자들이 화장에 사용해야 할 샴넬 제품과 방식 등을 매우 구체적으로 지시하고 있으며, 매장 오픈 전까지 마쳐야 할 다양한 준비 업무 중 화장 완료는 필수 사항이다.⁴⁾ 화장품 판매 업무를 맡은 근로자가 회사 지시에 따른 방식으로 화장을 마치는 것은 공업 분야 근로자가 안전모나 장비를 착용하는 행위와 본질적으로 다를 바가 전혀 없다. 근로계약에 따른 해당 업무 수행에 꼭 필요한 행위이기 때문이다. 대상판결에서도 원고들이 그루밍가이드에 따라 화장을 하는 행위 자체가 근로계약상 필수 불가결한 행위라는 점은 부정된 바 없다. 대상판결 선고 이후 “화장시간은 근로시간이 아니다.”는 식의 헤드라인으로 보도된 일부 언론 기사들이 있었으나, 단지 관심을 끌기 위해 성차별적 편견을 조장하는 방식으로 쓰인 기사들일 뿐 실제 판결 내용이나 논점과는 전혀 무관한 것이다.

그렇다면 그루밍가이드에 따른 화장 등을 포함한 오픈 준비에 소요되는

4) SOP(Standard Operating Procedure)에는 “1. 개점 절차” 중 “모든 직원은 근무시간 중에 카운터 조명을 고려해 완벽한 메이크업으로 일하도록 한다.”, BA(뷰티 어드바이저) 직 무수행 페이지에는 “샴넬 그루밍 가이드라인을 준수하고, 각 매장에서 오픈 전에 완벽하게 준비하고 대기한다.”고도 서술되어 있다.

시간이 피고 주장대로 60분으로 충분한지, 아니면 원고 주장대로 90~100분 가량이 걸려 준비 완료에 부족한지가 문제된다. 이 점은 법리적인 쟁점이 아닌 사실관계 확정의 문제다. 원고들 주장이 기각된 주요 원인은 증거가 부족하다는 점이었다. 원고들은 조기 출근을 입증하기 위해 9시 이전에 전송한 출근 보고 메시지, 출근 시 교통카드 사용 내역, 백화점 CCTV에 9시 이전 매장에서 일하는 모습이 찍힌 영상 등을 제출했으나 대법관결은 이 증거들만으로는 원고들이 “매일” 9시경 출근하여 “상시적으로” 30분씩 더 근로를 제공한 것으로 보기 부족하다고 판단했다(이 판시내용의 문제점에 대해서는 후술한다). 원고 측 소송대리인에 따르면, 샤넬코리아는 별도의 근태관리 체계를 갖추고 있지 않았다고 한다.⁵⁾ 근로시간 기록 시스템조차 구비하지 않은 기업의 문제가 소송에서 곧바로 근로자의 불이익으로 부담되는 것은 불합리하다.

결국 사안의 핵심 쟁점은 준비를 위해 9시까지 출근하라는 사용자 측의 요구와, 그에 따라 적어도 확인된 근로자들이 실제로 조기 출근해서 일했던 시간이 “사용자의 지휘·감독을 받으면서” 일하는 실근로시간에 포함되는지 여부다. 즉 9시 출근이 완전히 자율적인 것이었는지, 아니면 사용자의 지휘·감독에 따랐던 것인지가 문제의 핵심이다.

대법관결은 이에 대하여 ① 매뉴얼의 내용이 20~30분씩 일찍 출근하지 않는 것을 “질책하는” 듯하다고 하면서도 이는 “기본에 충실하고 업무에 철저히 임하라는 경각심을 일깨우는 내용”일 뿐이라는 점, ② 30분 조기 출근하지 않은 직원들에게 “불이익을 가했다는 정황을 찾아보기는 어려운” 점, ③ 원고들이 청구기간 중 “거의 모든 근무일마다.” 30분 일찍 출근했다는 점을 인정할 출퇴근 기록이 남아 있지 않고, 일부 백화점 CCTV 영상에서는 9시 조기출근 여부가 확인되지 않는다는 점을 들며 원고들의 청구를 기각했다. 증거를 종합해 볼 때 피고의 실질적인 지휘·감독이 있다고 보기 어렵다는 것이다. 이러한 판결의 내용에는 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 근로자들의 매장 준비 시간이 60분이면 족한지, 90분 이상이 필요한지 사실관계를 파악하기 어렵다는 점이 곧 사용자의 지휘·감독이 없다고

5) 카톡 출근보고 메시지, 교통카드 사용 내역, CCTV 등으로 출근시간을 확인하고 있는 것은 이 때문이다.

단정 짓는 결론으로 연결되지는 않으며, 그래서 안 된다. 초과근로를 했다는 사실이 성립하려면 ① 사용자가 조기 출근을 지시했다는 점, 그리고 ② 근로자가 지시된 시간에 실제 노무를 제공했다는 사실이 있어야 한다. 대상판결은 ②에만 주목하며 증거가 부족하다고 보았을 뿐, 그보다 선행하는 ①의 문제, 즉 사용자가 직원들에게 조기출근을 요구한 것이 지휘·감독에 이르는지 여부는 제대로 분석하지 않았다.

대상판결은 문제의 매뉴얼이 조기출근을 지시한 것은 아니라고 보았으나, 매뉴얼의 해당 부분은 근로자에게 매우 강력하게 9시 30분이 아닌 9시까지 출근했으면 하는 화자의 의도를 보여주고 있다. “현재 작지 않은 수의 매니저들은 9시 30분이라는 시간에 강박증이라도 걸린 것처럼 맞추어 출근하고 있습니다… 20~30분씩 더 일찍 출근하는 것이 아까운가요!!? 손해 보는 것처럼 느껴지나요!!?” (판결문에서는 이 문장 끝을 “?”로 인용해 두었으나, 실제 찾아본 매뉴얼의 해당 부분은 문장이 “!!?”로 끝나고 있었다.) 회사 월급으로 생계를 유지하는 근로자로서 이 문장을 읽고 사용자가 지금 순수하게 본인의 견해를 묻고 있다고 생각한 사람은 아무도 없을 것이다. 사회생활에서 많은 경우 지시는 질문이나 돌려 말하기 등 다양한 방식으로 이루어진다. 문장이 ‘!’와 ‘?’로 끝나는 것은 그야말로 이 매뉴얼이 일찍 출근하라는 ‘지시’를 ‘반문’의 형태로 담고 있음을 방증한다.

매뉴얼은 더 일찍 나오라는 권유 정도를 넘어, 마치 지각하는 근로자를 꾸짖는 것처럼 들린다. 읽는 이에게 원래 마땅히 와야 할 시각은 9시 30분이 아닌 9시까지라는 인상을 준다. 이 사안처럼 근로계약이나 단협으로 정규 출근시각(시업시각)을 정해 두었지만 더 일찍 나올 것을 요구하고 초과근로수당을 주지 않는 경우에 대해서는 1988년의 고용노동부 행정해석이 인용되고 있다. “시업시간 이전에 조기출근토록 하여 시업에 지장이 없도록 하는 것을 근로시간으로 인정하여 임금이 지급되어야 할 것인가 여부는 조기출근을 하지 않을 경우 임금을 감액하거나 복무 위반으로 제재를 가하는 권리의무관계라면 근로시간에 해당될 것이나 그렇지 않다면 근로시간에 해당되지 않는다.” (1988. 8. 30. 근기 01254-13305) 즉, 사용자가 요구하는 시업시각보다 이른 준비시각에 오지 않을 경우 명시적인 불이익을 받아야만 이것이 초과근로수당 지급 대상인 실근로시간으로 인정될 수 있다는 것이다. 대상판결은

조기 출근하지 않은 근로자들이 실제로 불이익을 받은 정황이 발견되지 않는다며 원고들의 청구를 기각했다는 점에서, 위 행정해석과 같은 입장을 취하고 있다.

그런데 근로자가 사용자의 지휘·감독에 놓인 시간 속에서 일했음을 입증하기 위해 반드시 명백한 제재를 받았음을 입증하게끔 하는 법 해석 방식은 의문과 비판의 여지가 있다. 위계질서, 상명하복이 명확한 일터를 전제한 1980년대의 사고방식에서 비롯된 행정해석이 아닐까. 사안의 매뉴얼은 근로자 입장에서 읽어보기만 해도 “9시에 나오지 않으면 무언가 불리하겠단다.”는 인상을 충분히 주고 있다. 지휘·감독은 근로계약상 사용자의 권한이기도 하지만 사실상의 힘(power)으로, 그 힘을 반드시 행사(exercise)하지 않고 유보(reserve)하고만 있어도 존재할 수 있다. 근로자가 매뉴얼을 읽고 그 내용에 따르지 않으면 불리하겠다고 합리적으로 생각할 수 있을 정도면 충분하며, 반드시 사용자로부터 실제로 처벌을 받지 않았어도 지휘·감독은 얼마든지 성립할 수 있다. 초과근로수당을 받으려면 조기출근 지시를 따르지 않았을 때 벌을 받았음을 입증해야만 하는 노동법은 전근대적 경영 방식을 묵인, 방치하는 결과로 이어질 수 있다. 노동법은 명백한 권리 침해를 구제하는 것은 물론이며, 일터를 민주적인 곳으로 만들 소임 또한 있다. 그러므로 1988년의 고용노동부 행정해석과 대상판결의 내용은 비판적 검토가 필요하다. 사안에서 매뉴얼의 내용만으로도 충분히 조기 출근에 대한 회사 측의 지시가 존재했다고 판결할 수 있었다.

한 가지 더, 대상판결에서는 초과근로에 있어 ‘짧은 시간’과 ‘짧은 기간을 간과하는 태도’가 발견된다. 법원은 원고들이 청구기간 중 “매일” 9시경 출근하여 “상시적으로” 30분씩 조기 출근을 했다는 증거가 부족하다며 근로자 측 주장을 받아들이지 않았는데, 이러한 판시 내용은 노동법 원칙에 어긋난 것이다. 근로기준법에서 말하는 초과근로의 개념은 법정근로시간을 넘긴 것으로, 단 하루를, 단 1시간을 초과하여 일했다 할지라도 원칙적으로 당연히 초과근로이며 연장근로수당을 받을 권리가 성립된다. “상시적으로” 초과근로를 해야만 비로소 연장근로수당을 받을 수 있다는 법리는 근로기준법 어디에도 없다. 대상판결이 “상시적”이라는 표현을 쓴 것은, 은연중에 설령 이 사안이 초과근로가 맞다 하더라도 그 기간이나 시간이 비교적 적은 것은 그

냥 묵인해도 된다는 생각을 한 것이 아닌가 우려된다. 그것은 사안을 판결한 판사의 관념일 뿐 노동법의 원칙은 아니다. 원칙에 기초하지 않은 이러한 생각이 바로 우리 사회 장시간 노동의 원인이다.

매뉴얼은 “20~30분씩 일찍 출근하는 것이 손해 보는 것처럼 느껴지나 요!!!?”라고 묻고 있다. 근로계약의 본질은 회사의 돈과 사람의 시간이 교환 되는 것이다. 9시 30분 출근이 계약 내용인데, 대가를 받지 못한 채 사용자 요구에 따라 9시에 나오는 것은 근로자 입장에서 당연하고도 명백한 ‘손해’다. 매뉴얼의 작성자는 대가 없는 조기 출근이 손해라는 점을 잘 아는 것으로 보인다. 이것을 정확하게도 “자기 희생”으로 표현했기 때문이다. 사용자는 9시 출근이 꼭 필요하다고 여겨지면 계약상 출근시각을 정식으로 고치고, 초과근로에 대한 대가를 지불하면 될 일이지 근로자의 자기 희생을 강요해서는 안 된다. 매뉴얼은 자기 희생을 강요하는 한국의 일터 문화를 잘 보여준다. 강요된 희생이 얼마나 사람과 사회를 좀먹는지 우리는 잘 안다. 노동법이 막고자 하는 것은 바로 이러한 상황이며, 근로시간과 관련된 사안을 마주하면 법원은 시간만 끝 돈이기도 하지만 근로자의 삶 그 자체라는 생각으로 판결할 수 있어야 한다.

대상판결에서 300명이 넘는 근로자들이 3년이라는 기간에 걸친 초과근로 수당을 청구했을 때 모든 시간, 모든 사람에 대한 증거가 부족하다고 해서 일률적으로 청구를 기각한 것은 잘못으로 보인다. 적어도 확실한 증거를 제출한 사람들에게 대해서 우선 초과근로를 인정하고 나머지 사람들에게 대해서는 심리를 다시 할 수도 있지 않았을까. 근로자들이 항소를 택한다면, 다음에는 다른 내용의 판결을 보고 싶은 사건이다.

이다혜(서울대학교 고용복지법센터 연구위원, 서울대 강사)

꾸밈노동과 근로시간

- 서울중앙지방법원 2019. 11. 7. 선고 2017가합562931 판결 -

【판결요지】

근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독을 받으면서 근로계약에 따른 근로를 제공하는 시간을 말하는데 …… 앞서 인정한 사실 및 앞서 든 증거들만으로 피고가 원고들에게 정규 출근시간 09:30보다 30분 일찍 출근하여 09:30까지 이 사건 지침에 따른 메이크업 등을 완료할 것을 지시하였다거나 원고들이 피고의 실질적인 지휘·감독 아래 이 사건 청구 기간에 매일 09:00경 출근함으로써 근로계약 등에서 정한 출근시간보다 상시적으로 30분씩 조기 출근을 하고 실제 근로를 제공하였다는 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

대상판결은, 샵넬코리아 매장의 판매직원 355명이 정규 출근시각보다 30분 일찍 출근하여 메이크업과 액세서리 착용 등을 한 시간에 대한 연장근로 수당을 청구하였으나, 기각된 사건이다. 대상판결 선고 후, 상당수 언론은 ‘꾸밈노동은 근로시간이 아니다.’라는 제목의 기사를 냈다. 대상판결의 내용과는 전혀 다른 제목이다. 후술하겠지만, 꾸밈노동시간은 ‘당연히’ 근로시간이다. 대상판결의 쟁점은 다른 곳에 있다.

판매직원(원고)들은 샵넬코리아(피고)에 고용되어 전국 각 백화점의 피고 매장에서 화장품 등을 판매하고 있다. 피고는 매달 백화점 판매직원들에게 ‘그루밍 가이드’(grooming guide)라는 지침을 배포하고 피고가 정한 메이크업, 향수, 액세서리 착용 지침 등에 따르도록 하였는데, 이 지침에서는 화장 부위(아이, 립, 네일)별로 사용해야 할 피고의 제품이나 액세서리 착용 방법 등이 구체적으로 특정되어 있다. 원고들은 출근 후 피고가 제공하는 제품들을 이용하여 지침에 따라 메이크업 등을 마치고 매장청소 등의 개점 준비를 하였다. 근로계약상 원고들의 정규 출근시각은 9:30이고, 국내 백화점의 개점 시각은 대부분 10:30이다.

원고들은 ‘피고가 원고들로 하여금 9:00에 조기 출근하여 지침에 따른 메

이크업과 액세서리 착용 등을 9:30까지 완료하도록 지시하였다.’며, 조기 출근으로 인한 30분도 근로시간에 해당한다며 그에 대한 연장근로수당을 청구하였다. 이에 대해 대상판결은, 피고가 원고들에게 30분 일찍 출근할 것을 지시하였다거나 원고들이 피고의 지휘·감독하에 실제로 30분 일찍 출근하여 근로를 제공하였다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 원고들의 청구를 기각했다. 즉, 원고들이 30분 일찍 출근하여 근로했다는 증거가 없다는 것으로, 사실관계의 확정이 문제가 된 것이다.) 대상판결은 ‘꾸밈노동은 근로시간이 아니다.’라는 취지의 판시는 전혀 하지 않았다.

백화점 판매직은 대표적인 감정노동 중의 하나이다. 감정노동이란 고객응대 과정에서 감정을 조절하는 것이 업무상 요구되는 노동을 의미한다. 감정노동의 특징은 ‘감정의 타인결정성’이다. 업무수행과정에서 감정노동자가 표현해야 하는 감정은 사용자에 의해 결정되기 때문이다.) 백화점 판매원이 사용자의 지시에 따라 메이크업 등을 하는 행위는, 감정노동의 준비단계로서 흔히 ‘꾸밈노동’이라 불리운다. 꾸밈노동에서는 ‘용모·복장의 타인결정성’이란 특징이 나타난다. 백화점 판매원은 회사의 지시나 지침에 따라 용모(메이크업, 향수, 액세서리)와 복장(유니폼)을 갖추어야 한다. 일반 사무직원이 개인의 취향에 따라 용모와 복장을 갖추는 것과는 전혀 다르다.

이렇듯이 백화점 판매원의 꾸밈노동은, 공장 노동자가 작업복을 입고 장비 등을 챙기는 시간과 다를 바 없이, 당연히 근로시간에 포함된다. 문제는 꾸밈노동을 ‘언제’ 그리고 ‘어디서’ 하느냐이다. ‘출근 이후’에 ‘사업장 내’에서 하는 꾸밈노동은 근로시간에 포함되는 데 전혀 장애가 없다.

대상판결 사안에서 문제가 된 것은, 원고들이 ‘출근시각의 경계선’상에 있는 시간에 꾸밈노동을 한 점이다. 원고들의 정규 출근시각은 9:30이고, 백화점의 개점 시간은 10:30이다. 원고들은 메이크업을 비롯한 준비시간은 90분 내지 100분 정도가 소요된다고 주장했으나, 대상판결은 준비시간이 1시간을

1) 대상판결의 사실관계, 판결요지, 문제점 등에 대한 자세한 내용은 이다혜, 「샤넬코리아 매장 직원의 출근은 몇 시인가 : 사업 전 준비시간의 실근로시간 해당 여부」, 『노동리뷰』 제179호, 한국노동연구원, 2020.2, pp.102~108을 참조하라.

2) 방강수, 「감정노동자의 법적 보호」, 한양대 박사학위논문, 2019.2, p.32.

명백히 초과하여 30분의 조기 출근이 불가피하다고 볼 만한 사정이 없다고 판단하였다. 또한 피고의 ‘매장 관리 매뉴얼’ 교육 자료에는 “현재 적지 않은 수의 카운터 매니저들은 9시 30분이라는 시간에 강박증이라도 걸린 것처럼 맞추어 출근하고 있습니다. …… 11시보다 20~30분 더 일찍 출근하는 것이 아까운가요? 손해 보는 것처럼 느껴지나요?”라고 기재되어 있었다. 원고들의 입장에서는 조기 출근 ‘지시’로 인식되었지만, 대상판결은 업무에 철저히 하라는 경각심을 일깨우는 내용의 ‘권고’ 정도로만 판단하였다.

다른 예를 보자. 꾸밈노동이 근로자의 ‘집에서’ 그리고 명확히 ‘출근 이전’에 행해진 경우이다. 항공사 승무원이 그렇다. 풀메이크업에 해당 항공사 유니폼을 입고 출퇴근하는 승무원을 쉽게 볼 수 있다. 이들은 집에서 용모·복장을 모두 갖춘 이후에 출근을 시작한다. 이들의 용모·복장이 사용자의 지시나 지침에 따른 꾸밈노동이란 점은 분명하다. 그런데 이 꾸밈노동은 집에서 이루어진다. 또한 출근시각 한참 이전에 이루어지기에, 출근시각의 경계 선상에 있지도 않다. 그렇다고 해서 이들의 꾸밈노동의 근로시간성을 완전히 부정해야 하는가. 혹자는 일반인들이 집에서 용모·복장을 갖추는 것과 동일하다고 할 수도 있다. 하지만 이 꾸밈노동은 사용자 지시에 따른 감정노동의 준비단계이기에 근로시간성을 쉽게 부정하기 어렵다.

또한 항공사 승무원은 이 용모·복장을 갖춘 채로 출퇴근을 한다. 유니폼을 잘 차려 입은 항공사 승무원들은 ‘살아 움직이는 광고판’이라고도 한다. 그래서 이들의 출퇴근 시간은 전혀 자유롭지 않다. 남들의 시선을 의식하지 않을 수 없다. 아무리 피곤해도 공항 철도나 리무진버스에서 편하게 잘 수 없다. 근로시간 여부는 결국 사용자의 ‘지휘·감독’하에 있는 시간인지 아니면 근로자의 ‘자유·이용’ 시간인지에 따라 판단한다. 승무원들의 출퇴근 시간은 전혀 자유롭지 않다는 점에서, 근로시간성을 부정하기 어렵다.

과거에 승무원들이 공항에서 꾸밈노동을 한 적도 있었으나, 항공사의 증가로 인해 탈의실 등의 시설을 항공사가 확보하기 어려워져, 용모·복장을 모두 갖춘 채로 출퇴근하게 하였다. 사용자의 입장에서는 탈의실 등의 시설 임대 비용을 아끼고, 출퇴근 승무원을 통한 광고 효과도 얻게 되었다. 사용자는 이중의 이익을 얻은 반면, 근로자는 사용자 지시에 따른 꾸밈노동과 그에 따른 출퇴근 시간이 근로시간으로 인정되기 어렵게 됐다.³⁾

물론 꾸밈노동과 출퇴근시간에 따른 보상(임금)이 충분히 주어진다면 문

제가 없을 수 있다(꾸밈노동과 출퇴근시간을 근로시간으로 인정했을 때의 임금이 최저임금에 위반하지 않아야 함은 물론이다). 즉, ‘임금산정의 기초’로서의 근로시간은 노사 합의로 해결될 수 있다. 하지만 「근로기준법」(이하, 근기법)상 ‘근로시간 길이의 제한’ 문제는 다르다. 근기법상 근로시간 규제는 형사처벌이 수반되는 것으로 노사 합의로 해결할 수 없는 공서(Pubic Order)의 영역이다.⁴⁾

항공사 승무원의 꾸밈노동과 출퇴근시간이 근로시간으로 인정되는 경우 근기법 위반 문제가 발생할 수 있다. 항공운송업은 노사 합의에 따른 무제한 연장근로가 인정되는 특례업종(근기법 제59조 제1항 제3호)이긴 하나, 2018년 법개정으로 일간휴식제도(근로일 간 11시간의 연속휴식 부여)가 신설되었다(동조 제2항). 특례업종도 근기법상 근로시간의 규제를 받게 되었다. 만약에, 그 취지가 불분명한 특례업종 제도가 폐지된다면 더 전면적으로 근로시간의 규제를 받게 된다.

꾸밈노동은 사용자의 지시에 따른 것으로 당연히 근로시간에 포함된다. 대상판결의 경우처럼 꾸밈노동이 출근시각의 경계선에 있을 때 그 판단이 쉽지 않다. 더 문제는 항공사 승무원의 경우처럼 꾸밈노동이 개인의 사적 공간·시간에서 이루어지는 경우이다. 이러한 꾸밈노동과 그에 수반되는 출퇴근시간을 근로시간으로 인정할지, 인정한다면 몇 시간을 인정할지⁵⁾ 등을 고민할 때이다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

-
- 3) 항공사 승무원의 ‘불편한’ 유니폼은 항공안전, 성상품화, 해당 근로자의 건강 등에 있어서도 문제가 된다.
 - 4) 대법원 2019. 7. 25 선고 2018도16228 판결은 노사가 1주 근로시간을 59.5시간으로 하고 이에 대한 임금을 지급하기로 합의한 경우라 하더라도, ‘1주 최대 52시간’ 위반 여부의 형사책임이 문제될 때에는, 노사가 합의한 59.5시간이 아니라 ‘실제 근로시간’으로 판단해야 한다고 하였다. 즉, 근로시간과 관련하여 ‘임금산정의 기초’와 ‘근로시간 길이의 제한’을 명확히 구분하였다.
 - 5) 개인마다 꾸밈시간과 출퇴근시간은 다르기 때문이다.

인사이동, 징계, 근로관계의 변동

지원서의 학력 오기재를 이유로 한 근로계약 취소의 정당성 여부

- 서울고등법원 2020. 7. 7. 선고 2019나2057658 판결 -

【판결요지】

근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약으로 그 법적 성질은 기본적으로 사법상 계약이다. 따라서 사용자가 근로계약을 체결하면서 일정한 요건하에 약정해제권 내지 취소권을 유보하는 것이 당연히 금지되는 것은 아니지만, 그 요건은 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 등 관련 법령에 위배되지 않아야 하며 사회통념상 근로계약의 해제·취소 사유로 삼을 수 없는 것을 그 내용으로 하여서도 아니 된다. ... 이 사건 공고조항은 적어도 지원자가 허위사항을 기재한 경위, 허위사항이 근로자의 근로능력 및 진정성·정직성 평가에 미친 영향 등 고용 당시의 여러 상황을 종합해 볼 때, 피고(사용자)가 사전에 지원자의 허위사항 기재사실을 알았다면 해당 지원자와 근로계약을 체결하지 않았거나 또는 동일 조건으로는 근로계약을 체결하지 않았으리라고 인정되는 경우에 한하여 해제·취소권을 행사할 수 있다는 취지라고 봄이 타당하며, 그에 대한 증명책임은 피고에게 있다.

사안에서 원고(근로자)는 피고(사용자)의 신입직원 채용공고에 따른 전형 절차에 응시하여 최종합격통보를 받고 근무를 하고 있었다. 그러던 중, 원고는 피고 회사에서 근무하고 있던 중 입사지원서에 학부를 졸업한 서울 소재

대학교가 아닌 대학원을 졸업한 지방 소재 대학교로 대학교 학력을 오기제 하였었는데, 이와 관련하여 ‘지원서상 졸업 대학 오기제는 신입직원 채용전형 공고 조항에서 정한 합격취소사유에 해당한다.’는 이유로 피고로부터 근로계약 취소 통보를 받게 되었다. 이에 원고는 피고의 근로계약 취소 통보에 대해 무효라고 주장하며 민사소송으로 다투었다.

대법판결은, 사안에서 지원서 허위 기재 시 합격 취소 처리된다는 내용의 신입직원 채용전형 공고조항을 해석함에 있어 지원자가 고의로 허위사항을 기재하였는지, 허위사항이 근로계약을 체결함에 영향을 미쳤는지 등을 고려하지 않은 채 지원서에 허위사항의 기재가 있기만 하면 근로계약을 해제·취소할 수 있다는 취지로 해석할 수는 없는 것인바, 원고에게 출신대학에 관하여 피고를 기망하려는 고의가 있었다고 인정되지 않으며, 채용과정에서 출신대학이나 지방인재라는 이유로 가점을 부여하지 않았다는 점 등을 고려하였을 때, 피고가 사전에 대학 오기제 사실을 알았다면 원고와 근로계약을 체결하지 않았을 것이라고 단정하기 어려우므로 원고에 대한 근로계약 취소 통보가 위법·무효라고 보아, 원고의 청구를 인용하였다. 대법판결에 대해서는 피고가 상고하였으나 2020. 11. 26. 대법원에서 심리불속행 기각으로 원고 승소로 확정되었다.

사안에서 원고는 정상적인 입사전형절차를 거쳐 피고에게 채용되어 근로를 제공하던 중이었다. 그리고 학력 오기제가 상당 기간이 지난 시점에서 문제되어 근로계약 취소 통보를 받게 된 것이다.

「민법」(이하, 민법)상 사기나 착오에 의한 의사표시는 취소할 수 있고 취소의 효과로 소급효가 인정된다. 그런데 계속적 계약관계인 근로관계에도 민법상의 취소의 법리를 그대로 적용할 수 있을 것인지 문제된다. 마찬가지로 근로계약의 취소를 해고로 볼 수 없을 것인지도 문제된다. 우선 사용자에 의한 근로계약의 취소는 근로자 의사에 반해 사용자가 일방적 의사로 행한 근로계약 종료이므로 해고에 해당한다고 보아야 한다는 견해가 있을 수 있다. 이러한 입장에서라면 노동법상 해고제한 법리가 근로계약의 취소에도 적용될 것이고 대법판결의 사안과 같은 근로계약 취소 통지는 서면에 의한 해고통지로 이해될 것이다. 반면에, 근로계약의 취소는 해고와 구별되는 별개의 것이라는 전제에서 근로계약의 취소는 해고로 포섭되어서는 안 되고 병존한다거나 그런 견지에서 학력·경력사칭은 해고의 정당한 사유가 아니

라 근로계약의 취소 사유로만 다루어져야 한다고 주장하는 견해가 있을 수도 있다.

만약 학력·경력사칭에 의한 것이든 어떻든 간에 근로계약의 취소는 노동법상 해고는 아니라는 전제에서 철저하게 민법의 관할로만 두게 된다면 근로계약의 취소 상황에서는 노동법이 배제될 것이다. 이와 같이 근로계약의 취소와 해고를 준별해야 하는 경우, 다음과 같은 위험성이 발생하게 될 것이다.

첫째, 만약 근로계약의 취소를 해고로 포섭하지 않으면 결국은 서로 다른 해결방식을 활용함으로써 분쟁이 장기화된다는 점이다. 특히 해고와 근로계약 취소를 별개로 보게 되면, 소송물이 ‘부당해고’와 ‘근로계약 취소에 따른 부당이득 반환 등’으로 서로 다르다는 이유로 사실상 동일한 분쟁이 반복될 것이다. 또한 징계(해고) 사유가 여러 가지 있을 때 그중 학력·경력사칭에 대해서는 근로관계 시작 이전의 사유라는 이유로 근로계약의 취소를 인정하고 나머지 사유에 대해서만 징계해고 사유로 인정하게 되어 해고와 근로계약 취소라는 두 가지 행위가 서로 다른 요건과 효과를 가지게 되어 징계절차와 소송절차가 뒤엉키게 되는 상황도 초래될 수 있을 것이다. 사안의 경우에는 원고가 처음부터 민사소송으로 다투었기에 분쟁의 반복과 난맥상이라는 문제는 발생하지 않았지만 말이다.

둘째, 근로계약의 취소를 해고와 다른 것으로 보게 되면 근로계약의 취소에 대해서는 근로기준법상의 해고 정당성 심사와 노동위원회 구제절차가 진행될 수 없게 될 것이다. 이는 결국 근로계약의 취소라는 수단을 선택함으로써 근로기준법 등 노동법을 회피할 수 있는 길을 열어주게 되는 것이다. 학력·경력사칭에 대해 해고를 당했다면 노동위원회 구제를 받을 수 있는데, 근로계약 취소 사유로만 삼았다는 이유로 근로자 지위확인을 구하는 민사소송만 할 수 있게 된다면 해고의 정당성 심사를 받는 것도 어려울 수 있게 될 것이다.

이러한 문제점들과 더불어 근로계약의 취소를 해고로 이해하지 않게 되는 경우 민법상 취소의 효과에 해당하는 소급효를 근로관계에서 어떻게 취급해야 할 것인가라는 추가적인 과제도 발생하게 된다.

사안에서 문제된 학력 오기재를 포함하여 학력·경력사칭과 관련하여 종래 우리 판례는 “근로자가 학력을 은폐하거나 사칭하여 입사한 경우라도 그와 같은 학력의 은폐나 사칭이 사용자의 근로자에 대한 신뢰관계나 기업질

서 유지 등에 영향을 주는 것”이어야 함을 요구하고 있는데(대법원 1986. 10. 28. 선고 85누851 판결) 이는 상당 기간 성실하게 근무한 근로자가 후에 경력사칭이 드러난 경우 또는 경력사칭이 업무관련성이 없는 경우 등에는 해고사유, 심지어는 취소사유로도 삼지 못하도록 하기 위한 것으로 보는 것이라고 생각한다. 또한 판례는 오랫동안 ‘취업규칙 등 규정에 따른 것이든 법률행위에 의한 것이든 사용자에 의해 근로자의 의사와 무관하게 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것’을 해고로 판단해왔고, 사용자가 증명해야 하는 해고의 정당한 사유에 대해서 ‘사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 정당성이 있는 것’이라는 전제에서 ‘사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 근로자의 지위 및 직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인한 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등’ 여러 가지 사정을 ‘종합적으로’ 고려할 것을 요구해왔다.

대상판결은, 근로계약도 그 법적 성질은 기본적으로 사법상 계약이므로 사용자가 근로계약을 체결하면서 일정한 요건하에 약정해제권 내지 취소권을 유보하는 것이 당연히 금지되는 것은 아니라고 전제하고 있지만, 그 요건은 근로기준법 등 관련 법령에 위배되지 않아야 하며 사회통념상 근로계약의 해제·취소 사유로 삼을 수 없는 것을 그 내용으로 하여서도 아니된다고 판시하여 일단 근로계약의 취소는 민법상의 취소를 그대로 적용할 수 있는 것은 아닌 것으로 보고 있다고 읽힌다.

다음으로, 근로계약의 취소는 사용자의 일방적 의사표시에 의해 근로자의 의사와 무관하게 근로관계를 종료시키는 행위이므로 우리 판례가 이해하고 있는 ‘해고’의 개념에 정확히 일치한다. 게다가 대상판결이 언급하고 있는 내용 즉, ‘취소권의 요건이 근로기준법 등 관련 법령에 위배되지 않아야 한다는 것’, ‘사회통념상 근로계약의 해제·취소 사유로 삼을 수 없는 것을 그 내용으로 하여서는 안 된다는 것’ 등은 해고의 정당한 사유를 검토하는 것과 다르지 않다. 결론적으로 대상판결은 근로계약의 취소도 노동법상 해고제한의 법리 속에서 이해하고 있다고 평가할 수 있다.

공무원의 징계사유에 해당하는 ‘영리업무’와 ‘겸직’의 구별

- 서울행정법원 2019. 8. 13. 선고 2018구합88142 판결 -

【판결요지】

피고는 원고가 공무원의 직무상의 능률을 저해하는 영리업무를 함으로써 국가공무원복무규정 제25조를 위반하고 소속 기관의 장의 사전허가를 받지 아니하고 영리업무를 함으로써 국가공무원복무규정 제26조를 위반하였다고 인정하고 이 사건 처분을 내렸다. 이 사건 처분은 하나의 사실 관계에 서로 적용 범위를 달리하는 조문을 동시에 적용한 것으로서 국가공무원복무규정의 내용을 오해한 잘못이 있다.

대상판결의 원고는 검찰공무원인데, 검찰공무원으로 근무 중 10개월 남짓한 기간 동안에 16세대 아파트와 임야 1필지의 지분을 매입하였고 이 중 매입한 아파트는 모두 임대하였으며 이 중 11세대의 아파트에 대해서는 원고가 「민간임대주택에 관한 특별법」에 따라 임대사업자로 등록을 해두고 있었다.

원고는 이러한 행위들이 적발되어 대검찰청 보통징계위원회에 회부되어 「국가공무원법」(이하, 국가공무원법) 제64조 및 이를 구체화하고 있는 「국가공무원복무규정」(대통령령, 이하, 국가공무원복무규정) 제25 및 제26조를 위반한 것으로 보아 해임처분을 받았다. 원고는 이에 불복하여 소청심사(행정심판)를 청구하였고 소청심사위원회는 원고에 대한 징계사유는 인정하면서도 아파트 매입에 대해 단기시세차익을 노린, 소위, 투기 목적은 없었다고 보고 또한 원고에게 직무충실의지가 없는 것도 아니고 직무능률을 저하도 없었다는 이유로 해임처분을 강등처분으로 변경하였다. 원고가 위법행위를 하지 않은 것도 아니고 또 행정심판이야 변경처분이 가능하니 「행정심판법」 제43조 제3항) 해임처분이 강등처분으로 변경된 것은 문제가 없었다고 보이는데도 불구하고, 원고는 이에 불복하여 국가공무원복무규정 제25조와 제26조 모두를 징계사유로 삼은 것이 잘못되었고 그밖에 징계양정이 비례원칙에 어긋난다는 점 등을 주장하며 강등처분에 대해 취소

소송을 제기하였다.

국가공무원법 제64조는 공무원으로 하여금 일반적으로 ‘영리를 목적으로 하는 업무를 할 수 없도록 금지하면서 그 범위를 대통령령 등에 위임하였고 동시에 다른 직무를 겸하려면 소속 기관장의 허가를 받도록’ 정하고 있다. 이로부터 위임을 받은 국가공무원복무규정 제25조는 공무원의 직무 능력을 떨어뜨리거나, 공무에 대하여 부당한 영향을 끼치거나, 국가의 이익과 상반되는 이익을 취득하거나, 정부에 불명예스러운 영향을 끼칠 우려가 있는 업무에 종사할 수 없도록 금지하면서 그러한 업무로서 “1. 공무원이 상업, 공업, 금융업 또는 그 밖의 영리적인 업무를 스스로 경영하여 영리를 추구함이 뚜렷한 업무, 2. 공무원이 상업, 공업, 금융업 또는 그 밖에 영리를 목적으로 하는 사기업체(私企業體)의 이사·감사 업무를 집행하는 무한책임사원·지배인·발기인 또는 그 밖의 임원이 되는 것, 3. 공무원 본인의 직무와 관련 있는 타인의 기업에 대한 투자, 4. 그 밖에 계속적으로 재산상 이득을 목적으로 하는 업무”를 제시하고 있다.

그리고 국가공무원복무규정 제26조는 동 규정 제25조의 영리업무에 해당하지 않는 다른 직무는 소속 기관의 사전허가를 받아서 겸직할 수 있도록 규정하고 있다.

국가공무원복무규정 제25조와 제26조는 얼핏 비슷해 보이는 내용을 규정하고 있어서 그 범위와 경계가 어디까지인지 구별하는 것은 매우 중요한 문제이다. 왜냐하면, 피징계자의 행위가 어디에 속하는지 구분하지 못하면 비위행위로 지목한 행위가 어느 규범 위반인지 잘못 판단할 위험이 있고 규범 위반을 잘못 적시하는 경우 피징계자의 방어권 행사에 불이익을 줄 수 있어서 결국 징계처분의 위법으로 이어질 수 있기 때문이다.

대상판결은 국가공무원복무규정 제26조에서 말하는 ‘동 규정 제25조의 영리업무에 해당하지 않는 다른 직무’ 즉 ‘허가를 받아 겸직할 수 있는 직무’에 일정 기간에 걸쳐 반복하여 처리할 것이 예정된 계속적인 업무로서 영리를 목적으로 하지 않는 업무뿐만 아니라 절대적으로 금지되는 경우에 해당하지 않는 영리업무까지 포함한다고 보았다. 왜냐하면, 공무원의 직무능력을 떨어뜨리는 등의 위험이 없는 영리업무가 포함되지 않는 것으로 본다면 공무원의 직무전념의무를 요구하는 국가공무원법의 취지에 어긋나기 때문이다. 그런 이유로 「국가공무원 복무·징계 관련 예규」도 국가공무원복무규정

제26조의 겸직허가 대상을 첫째, 국가공무원복무규정 제25조의 금지에 해당하지 않는 영리업무와 둘째, 영리를 목적으로 하지 않는 계속성이 있는 업무로 구분하여 구체화하고 있는 것이다.

대상판결은, 이러한 구분을 바탕으로, 원고의 비위행위에 대해 공무원의 직무상의 능률을 저해하는 영리업무를 하여 국가공무원복무규정 제25조를 위반하고 동시에 소속 기관장의 허가를 받지 않고 영리업무를 하였으므로 국가공무원복무규정 제26조도 위반하였다고 인정한 피고(검찰총장)의 판단에 대해 하나의 사실관계에 적용범위를 달리하는 두 가지 조문을 동시에 적용한 것이어서 잘못이라고 지적하였다. 타당한 지적이라고 본다.

한편, 대상판결은, 원고의 행위에 대해 토지의 공시지가, 토지의 활용가능성, 아파트 가격 변동의 추이, 아파트 매입 및 임대 추이 등을 고려했을 때, 토지지분 매입행위는 계속적인 업무에조차 해당하지 않으므로 국가공무원복무규정 제26조 위반도 아니라고 보았고, 아파트 매입 및 임대행위는 국가공무원복무규정 제25조에 따라 절대적으로 금지되는 영리업무는 아니지만 동규정 제26조에 따라 겸직허가가 필요한 계속적인 영리업무로서 징계사유에 해당한다고 하여, 토지지분 매입과 아파트 매입 및 임대를 구분하여 판단하였다. 그리고 원고에 대해 그동안 징계전력이 없는 점, 표창을 받은 공적이 있는 점, 아파트 관리 일부를 타인에게 위임하였기 때문에 겸직 허가가 필요하지 않다고 오해할 여지가 있었던 점, 객관적인 증거로 직무수행에 지장이 생겼다는 점이 입증되지 않는 한 잦은 연가사용을 불성실한 태도로 단정해서는 안 된다는 점 등을 고려하면 원고의 아파트 매입 및 임대행위가 강등에 해당할 정도의 중대한 비위로 보기 어려워 비례원칙에도 어긋난다고 하였다. 적절한 판단이라고 본다.

민간근로자이든 공무원이든 징계라는 것은 피징계자의 법적 지위에 심각한 불이익을 주는 중대한 조치이기 때문에, 징계권자는 그의 징계사유를 확인하고 그 징계사유가 어떤 규범을 위반한 것인지 정확히 제시하고 그가 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 공정한 절차를 따라야 하고 그의 비위행위와 균형이 맞는 적절한 징계처분을 내려야 할 것이다. 여기서 특히 비위행위가 어떤 규범을 위반한 것인지 정확히 제시하는 것은 피징계자의 방어권 행사 측면에서 대단히 중요한 것이다. 그럼에도 불구하고 징계절차에서 피징계자의 전체적인 비위행위에만 주목한 나머지 각각의 비위행위가 어떤 규범



을 위반한 것인지 ‘정확히’ 제시하는 것에 대해서는 소홀히 하기 쉽다. 대상판결은 징계절차에서 이러한 점을 주의해야 한다는 점을 잘 보여주고 있다.

참고로, 대상판결에 대해서는 피고가 항소하였으나 항소기각으로 확정되었다(서울고등법원 2020. 1. 16. 선고 2019누55523 판결).

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

외국인 영어보조교사에 대한 에이즈 검사결과 제출요구의 정당성 여부

- 서울중앙지방법원 2019.10.29. 선고 2018가단5125207 판결 -

【판결요지】

교육감은 2009. 5. 13. 피고용자로서 구 「에이즈예방법 시행령」에 따른 에이즈 검진 대상자에 해당되지도 아니하는 원고에 대해서 에이즈 검진 결과서를 제출하도록 요구하였다. 이는 그 자체로 구 「에이즈예방법」(이하, 에이즈예방법) 제8조의2 제3항에 위반되는 행위이거나 감염인 또는 감염인으로 오해받아 불이익을 입을 처지에 놓인 사람에 대한 보호의무를 저버린, 위법성이 농후한 행위로서 사회질서에 위반되는 행위이다.

대상판결의 사안과 내용은 다음과 같다. 뉴질랜드 국민인 원고가 교육부 산하 기관(초등학교)에서 담당하는 원어민 영어보조교사(회화교사) 초청프로그램을 통해 취업을 하고자 교육부 산하 국립국제교육원에서 작성한 원어민 영어보조교사 활용 지침(이하, 지침)에 따라 2008년 교육감과 고용계약을 체결하여 성실히 근무하였으나, 2009년 위 지침에 에이즈(HIV) 검사를 받도록 하는 내용이 새로이 추가되었기에, 교육감은 2009년 재계약 논의 과정에서 원고에게 건강검진 결과 제출을 요구하였는데, 원고는 외국인에 대한 차별적 조치라며 거부하여 재계약에 실패하였다. 원고는 피고 대한민국이 재계약 논의 과정에서 에이즈 검사 결과를 포함하여 건강검진결과를 제출하도록 요구한 것은 자신의 평등권, 근로권, 사생활비밀의 자유 등을 규정한 「헌법」 및 에이즈예방법을 위반한 조치라고 주장하였다. 법원은 피고 대한민국 소속 공무원들이 제정하여 시행한 지침은, 사업주가 근로자에게 에이즈에 관한 검진결과서를 제출하도록 요구할 수 없다고 규정한 강행규정인 구 에이즈예방법 제8조의2 제3항을 위반한 불법을 저질렀음을 인정할 수 있으므로, 「국가배상법」(이하, 국가배상법) 제2조에 따라 피고는 원고에게 그로 인한 손해배상책임을 지며, 피고의 소멸시효 항변 등도 인정할 수 없다고 보아,

원고가 청구한 손해액 전부(급여 1년치 2,400만 원 및 위자료 600만 100원, 합계 3,000만 100원)를 배상하도록 판결하였다.

흔히 약칭으로 에이즈예방법이라고 불리는 「후천성면역결핍증 예방법」에 서는 감염인과 환자를 구분하고 있다. 감염인은 인체면역결핍바이러스에 감염된 사람을 의미하고 에이즈환자는 감염인 중 대통령령으로 정하는 에이즈 특유의 임상증상이 나타난 사람을 의미한다(에이즈예방법 제2조, 동법 시행령 제2조 참조).¹⁾ 그런 이유로 국가·지자체는 에이즈의 예방·관리와 감염인의 보호·지원을 위한 대책을 수립·시행하고 감염인에 대한 차별 및 편견의 방지를 해야 하며 에이즈 예방을 위한 교육과 홍보를 실시하여야 하고(동법 제3조 제1항), 그 경우에 국가·지자체 및 국민은 감염인의 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 기본적 권리를 보호하며 이 법에서 정한 외의 불이익을 주거나 차별대우를 하여서는 아니 되며(동법 제3조 제4항), 사용자 는 근로자가 감염인이라는 이유로 근로관계에 있어서 법률에서 정한 사항 외의 불이익이나 차별대우를 금지한다(동법 제3조 제5항). 그리고 해외에서 입국하는 외국인 중 대통령령이 정하는 장기체류자는 입국 전 1월 이내에 발급받은 에이즈 음성확인서를 보건복지가족부장관에게 제시하여야 하고 이를 제시하지 못하는 경우에는 입국 후 72시간 이내에 검진을 받아야 한다.’고 규정한다(동법 제8조 제3항). 여기서 에이즈 음성확인서를 제출해야 하는 대통령령이 정하는 장기체류자에 속하는 사람은 종래 ‘91일 이상 체류하는, 수입을 목적으로 한 연애·운동경기 기타 흥행업을 하는 사람’, ‘출입국관리법상 재난상륙허가의 대상자로서 보건복지부장관이 필요하다고 생각하는 사람’의 두 가지였다가 2020년 1월 동법 시행령 개정으로 현재는 전자는 삭제되고 후자만 남아 있다. 게다가 감염인을 진단하거나 감염인의 사체를 검안 하거나 감염인이 사망한 경우 종래 의사나 의료기관 등은 즉시 보건당국에 신고해야 했으나 2018년 법 개정이 되면서 현재는 24시간 내에 신고하면 되는 것으로 변경되었다(동법 제5조). 요컨대, 에이즈라는 질병이 전혀 손쓸 수 없는 질병이었다가 보건의료의 발전 덕분에 무조건적인 공포로부터 벗어나

1) 에이즈예방법 시행령 제2조(임상증상) 「후천성면역결핍증 예방법」(이하, 법) 제2조 제2호에서 “대통령령으로 정하는 후천성면역결핍증 특유의 임상증상”이란 세포면역기능에 결함이 있고, 주폐포자충폐렴(住肺胞子蟲肺炎), 결핵 등의 기회감염 또는 기회질환이 있는 경우를 말한다.

이제는 어느 정도 통제 가능한 질병으로 그 인식이 바뀌고 있다는 점이 법에 반영되어 있음을 알 수 있다.

아울러 에이즈 검진을 한 경우 검진 대상자 본인 외의 사람에게 검진 결과를 통보할 수 없고 다만 검진 대상자가 군(軍), 교정시설 등 공동생활자인 경우에 해당 기관장에게 통보하고 미성년자, 심신미약자, 심신상실자인 경우 그 법정대리인에게 통보한다(동법 제8조의2 제1항). 그리고 ‘사업주는 근로자에게 후천성면역결핍증에 관한 검진결과서를 제출하도록 요구할 수 없다.’고 규정하고(동법 제8조의2 제3항) 이에 위반한 경우 벌칙이 적용된다. 물론 감염인 자신에 대해서 그 종사자가 정기검진을 받아야 하는 공중과 접촉이 많은 업소에 종사할 수 없도록 한다거나 그러한 업소의 업주가 감염인을 종사하지 못하도록 하는 취업제한이 존재하기는 한다(동법 제18조).

사안에서 문제된 지침은 행정청 내부의 사무처리 지침에 불과한데, 법률의 위임이 없는 한 국민의 법적 지위나 권리·의무에 영향을 미치는 내용을 포함할 수 없고 설사 법률에서 어떤 사항에 관한 위임이 있더라도 포괄적 위임은 허용되지 않는다. 그런데 사안의 경우 국민이 문제된 사례가 아니라 외국인이 문제된 사례라는 점에서 외국인에 대해서도 법률유보의 원칙 및 포괄위임금지의 원칙 등 소위 법치행정의 원리가 적용되어야 하는지 의문일 수도 있겠다. 물론 국민국가에서 외국인은 국민이 아니라는 점에서 국민과 같은 법적 지위를 부여하거나 국민과 동등한 권리·의무를 부여하기는 어려울 것이다. 또한 외국인에게는 선거권이 없기 때문에 대의민주주의를 통한 자기통치 내지 자치원리의 적용을 요구할 수도 없을 것이다. 그렇지만 보편적 법이념으로서의 정의·인권 등에 입각한 형식적 합리성이라든가 예측가능성 그 밖에 법률 내용의 합헌성 등의 요청이라는 관점에서는 최소한의 실질적인 법치주의 내지 법치행정의 원칙이 인정된다는 점을 부인할 수 없다.²⁾ 에이즈예방법도 그러한 점이 반영되어 특별히 외국인과 국민을 구별하지 않고 보편적 관점에서 ‘근로자’에 대해 사업주로 하여금 에이즈 검진결과서를 제출하지 못하도록 규정하고 있는 것이다.

에이즈예방법에서는 이미 사안에 적용되었던 구 에이즈예방법에서부터

2) 노호창, 「체류자격의 규정방식에 관한 검토」, 『행정법연구』 제54호, 행정법이론실무학회, 2018. 8. pp.251~253.

사업주로 하여금 근로자에 대해 에이즈 검진결과서를 제출하지 못하도록 규정하고 있었고 사안의 지침을 작성한 공무원들도 그러한 법 위반을 인식했던 것인지 2010년부터는 해당 지침에서 더 이상 원어민 영어보조교사에 대한 에이즈 검사 결과를 요구하지 않았다.

외국인 영어보조교사들이 해외에서 생활하여 한국문화에 익숙하지 않다 보니 에이즈에 감염된다거나 마약거래 및 복용을 하다가 적발되는 등 사회적 물의를 일으킨 경우가 없지 않았다. 그렇다 보니 기본적인 자격 검증이 필요할 수 있고 국가가 외국인 영어보조교사에게 에이즈 검사 등을 요구하는 것은 목적상 정당하다. 다만 에이즈예방법상 사업주가 그러한 결과를 제출하도록 요구하는 것은 금지되어 있고 영어보조교사 정책 및 그 정책 집행을 위해 제작된 안내 지침 등에서 그러한 요구를 하도록 명시하는 것은 소관 법률에 전혀 근거없고 오히려 금지하는 것이라는 점에서 법률위반에 해당한다는 점은 의문이 없다. 또한 외국인이 취업을 하여 장기체류할 목적으로 국내에 입국하는 경우, 관련 법률의 목적 및 취지에 따라 국가가 해당 외국인에게 에이즈 검사를 받도록 요구하는 것과 에이즈 검사 결과를 해당 사업의 사업주에게 제출하도록 할 것인지 여부는 전혀 별개의 문제인데, 에이즈예방법은 후자와 관련해서는 사업주에게 그러한 제출 요구를 근로자에게 할 수 없도록 하는 선택을 하였으므로, 그 근로자가 외국인인 경우에도 당연히 동일하게 적용된다.

그런데, 대상판결의 사안에서는 원고가 외국인인데 국가배상청구를 허용하는 것이 타당한 것인지에 대해서도 의문이 들 수 있을 것이다. 왜냐하면, 배상의무자가 국가이므로 그 손해배상청구 주체는 국민이어야 하지 않는가라는 생각이 자연스러운데다가 국가배상법 제7조에서도 “외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증이 있을 때에만 적용한다.”고 명시하고 있기 때문이다. 그렇다면 외국인의 국가배상청구 허용 여부는 ‘상호보증’의 의미를 어떻게 볼 것이냐에 달려있다고 할 수 있다. 상호보증의 의미와 관련하여 대법원은, 국가배상법 제7조는 대한민국만이 입을 수 있는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하기 위하여 외국인의 국가배상청구권의 발생요건으로 ‘외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증이 있을 것’을 요구하고 있는데, 해당 국가에서 외국인에 대한 국가배상청구권의 발생요건이 대한민국의 그것과 동일하거나 오히려 관대할 것을 요구하는 것은 지나

치게 외국인의 국가배상청구권을 제한하는 결과가 되어 국제적인 교류가 빈번한 오늘날의 현실에 맞지 아니할 뿐만 아니라 외국에서 대한민국 국민에 대한 보호를 거부하게 하는 불합리한 결과를 가져올 수 있는 점을 고려할 때, 대한민국과 외국 사이에 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 대한민국에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하여 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 타당하고, 이와 같은 상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 발생요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 당해 외국에서 구체적으로 대한민국 국민에게 국가배상청구를 인정할 사례가 없더라도 실제로 인정될 것이라고 기대할 수 있는 상태이면 충분하다고 보고 있다.³⁾

대상판결의 사안과 관련해서 보자면, 법원은 원고가 뉴질랜드인으로서 피고 소속 공무원들의 위법한 직무집행으로 인한 피해에 대하여 국가배상법의 적용을 받으려면 뉴질랜드에서 대한민국의 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증이 있어야 한다는 전제에서, 「뉴질랜드 정부소송법(Crown Proceedings Act 1950)」 제1편(실체법) 제3조 제2항 b호, 제6조는 뉴질랜드 정부는 그 공무원 또는 기관에 의해 저질러진 불법행위로 인한 모든 책임을 지고, 뉴질랜드 국민 여부를 떠나 모든 사람은 뉴질랜드 정부가 불법행위책임을 지는 위법 행위와 관련하여 뉴질랜드 정부를 상대로 민사소송으로 손해배상청구를 제기할 권리를 갖는다는 취지로 규정하고 있다는 점, 뉴질랜드에서의 국가배상청구권의 발생요건이 대한민국과 비교하여 현저히 균형을 상실하지 아니하고 대한민국의 국가배상법이 정한 것보다 전체로서 과중하지 아니한바, 뉴질랜드 법원이 대한민국 국민에 대하여 정당한 국가배상청구를 인정할 것이라고 충분히 기대할 수 있다는 점을 인정하여 대한민국과 뉴질랜드 사이에 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증이 있는 것으로 봄이 타당하다고 판단하였다.

한편, 사안에서 원고가 에이즈 검사결과 제출을 거부하였다는 이유로 재

3) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결; 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66, 73 판결 등 참조.

계약이 거부된 것은 2009년이고 국가배상청구의 소는 2018년 6월 9일 제기된 것이어서 국가배상청구권의 소멸시효가 완성된 것은 아닌지도 의문이 들 수 있다. 피고 대한민국도 당연히 원고의 손해배상청구에 대해 소멸시효 완성을 주장하였다. 왜냐하면, 국가배상법 제8조, 「민법」 제766조, 「국가재정법」 제96조에 따를 때, 손해배상채권의 소멸시효는 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 손해를 가하는 행위가 있는 날로부터 5년이기 때문이다. 그렇지만, 대상판결의 법원은, 원고가 자신의 억울함을 풀고자 국내외 각종 인권 관련 기관에 구제를 요청하고 진정을 하던 도중인 2015년 6월 12일에서야 인종차별철폐위원회의 권고 덕분에 비로소 관련 공무원들이 2009년도 해당 지침을 작성·배포하였음을 알게 되었기 때문에 이때까지는 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적인 장애사유가 있었고 따라서 손해배상청구권의 소멸시효는 이때부터 진행되는 것이 타당하다고 보았다. 즉 원고는 소멸시효 완성을 불과 며칠 앞두고 이 사건 소 제기를 했던 것이다. 위법한 지침을 상대로 권리 구제를 위해서 투쟁한 원고의 법적 노력은 간발의 차로 그 결실을 맺었다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

노동조합 내부 비위자의 사용자 징계 가능 여부

- 서울행정법원 2019. 12. 20. 선고 2019구합54603 판결 -

【판결요지】

(징계 사유에 관해) 일반적으로 노동조합과 해당 사업장은 불가분의 관계에 있고, 참가인(비위자) 역시 기본적으로 원고 소속 근로자이므로 참가인의 이 사건 범행 등으로 인한 대내외적 물의와 혼란은 결국 원고의 명예와 신용에도 악영향을 미치고 직장질서의 유지를 저해하는 결과를 초래할 여지가 상당한 점 등에 비추어 보면, 참가인의 이 사건 범행 등의 비위행위는 원고 취업규칙상의 징계사유에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

(징계 양정에 관해) 단일노동조합인 이 사건 노동조합의 간부가 그 업무수행 과정에서 비리행위를 저지른다면, 결국 단일노동조합인 이 사건 노동조합에 대한 신뢰가 무너지면서 건전한 노사관계 발전에도 저해가 되는 결과가 초래되고, 결국 사업주인 원고 역시도 회사 운영에 있어 다소간 어려움을 겪을 수밖에 없다. 따라서 원고가 이 사건 범행의 직접적인 피해자는 아니라 할지라도, 이로 인한 원고의 손해가 결코 가볍다고 볼 수만은 없다.

피고보조참가인(이하, 참가인) A는 공기업 B(원고)의 기업별 노동조합 C의 사무처장으로 재임하면서 노동조합장의 활동비를 마련한다는 명목으로 노동조합의 예산 집행 시 거래대금을 부풀린 후 되돌려 받는 등의 비위를 저질렀다. 이에 참가인 A는 업무상 횡령죄 및 배임수재죄로 기소되었고 징역 10월에 집행유예 2년의 형이 대법원에서 확정되었다. 관련 형사사건은 수사 초기부터 여러 언론에 보도되었고, 조합원들의 참가인에 대한 비난이 거세었다.

원고B는 항소심 선고에 따라 참가인 A에게 항소심으로 석방된 당일 소명의 기회를 부여하였고, 그 후 해임 징계를 의결하였다. 그 이유는 참가인이 공공기관 직원의 의무인 법령준수와 청렴의무를 위반하였고, 언론에 보도되고 상급 정부기관에 민원이 제기되는 등 회사의 체면과 신용을 크게 실추시킨 점, 그리고 직원 간의 갈등과 반목이 지속되는 등 직장 규율질서를 크게



문란하게 만들었다는 것이었다.

참가인 A는 이 사건 징계가 부당해고에 해당한다고 주장하며 원고 B를 상대로 지방노동위원회에 구제신청을 하였고, 동 위원회는 징계양정이 과중하다는 이유로 구제신청을 인용하였다. 원고 B는 이에 불복하여 재심신청을 하였으나, 중앙노동위원회 역시 재심신청을 기각하는 판정을 하였다. 이에 원고 B는 중앙노동위원회 위원장을 상대로 부당해고구제 재심판정 취소의 소를 제기하였다.

이에 대해 서울행정법원은 참가인의 징계 사유와 징계 양정을 구분하여 각각의 정당성을 판단한다.

먼저 징계 사유에 관해서는 법원은 원칙적으로 이 사건은 노동조합 내부의 문제이고 따라서 원고인 회사 B와의 관계에서 구체적이고 직접적인 직무상 의무를 위반한 것이라 평가하기 어렵다고 한다. 그러나 ①이 사건이 언론에도 공개되고, 공기업의 상급 기관인 국무총리실 등 정부기관에 민원이 제기되었으며, 원고 소속 근로자들이 이 사건에 대한 실망감을 직장인 블라인드 앱에 글로 올리는 등, 대내외적으로 상당한 물의와 혼란이 야기된 점, ②일반적으로 노동조합과 해당 사업장은 불가분의 관계에 있고, 참가인 A 역시 기본적으로 원고 소속 근로자이므로 참가인의 이 사건 범행 등으로 인한 대내외적 물의와 혼란은 결국 원고의 명예와 신용에도 악영향을 미치고 직장질서의 유지를 저해하는 결과를 초래할 여지가 상당한 점 등에 비추어 보면, 참가인의 이 사건 범행 등의 비위행위는 원고 취업규칙상의 징계사유에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 판시하였다.

그리고 징계 양정에 관해서 법원은 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 정당성이 인정되고, 사회통념상 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 근로자의 지위와 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 근로자의 행위로 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다고 기존의 법리를 먼저 제시한다. 그 후, ㉠ 원고 회사는 공기업으로서 소속 근로자에게 일반 사기업보다 더 높은 수준의 도덕성과 책임의식이 요구되는 점, ㉡ 본 사건이 언론매체에 보도되는 등 공기업인 원고의 명예와 신용이 상당히 손상된 점, ㉢ 건전한 노사관계 형성은 사업주

인 원고에 있어서도 중요한 사항으로서 노사공동의 이해관계에 속한다는 점, ㉔ 횡령액이 비록 활동비로 쓰였으나, 노동조합의 이름이 아닌 노동조합 간부 개인의 이름이 나간 것은 노동조합의 위원장 또는 간부들의 조합원들에 대한 지지율 강화 등 개인적인 이익이 포함되었다는 점을 들어 원고와 참가인 간의 고용관계는 계속 유지될 수 없을 정도에 이르렀다고 판단하였다.

특히, ㉔에 있어서는 단일노동조합인 이 사건 노동조합의 간부가 그 업무 수행 과정에서 비리행위를 저지른다면, 결국 단일노동조합인 이 사건 노동조합에 대한 신뢰가 무너지면서 건전한 노사관계 발전에도 저해가 되는 결과가 초래되고, 결국 사업주인 원고 역시도 회사 운영에 있어 다소간 어려움을 겪을 수밖에 없다. 따라서 원고가 이 사건 범행의 직접적인 피해자는 아니라 할지라도, 이로 인한 원고의 손해가 결코 가볍다고 볼 수만은 없다고 하였다.

생각건대, 법원의 논지를 재정리하면 회사의 징계 사유 및 양정이 정당한 이유는 징계 대상인 참가인의 ㉒ 회사 명예와 신용 실추, ㉓ 직장질서 문란, 그리고 ㉔ 노사관계 발전의 저해라고 생각된다. 그런데 법원이 지적한 바와 같이 이 세 가지 논지에는 하나의 공통된 전제가 있다. 바로 노동조합과 해당 사업장의 불가분 관계이다. 양자가 서로 떼어질 수 없는 관계이기 때문에 노동조합 내부의 문제가 바로 회사의 문제가 된다는 것이다. 노동조합의 명예가 곧 회사의 명예가 되고, 노동조합의 내분이 회사의 분란이 되고, 노사관계의 건전한 발전이 꺾인다는 것이다. 이는 판시에서 지적한 바대로 노동조합 C가 기업별 노동조합으로서 원고 B 소속 근로자의 80%를 조합원으로 하고 있어 그 영향이 더욱 지대하였다.

그러나 노동조합과 회사가 불가분의 관계인가 하는 문제는 좀 더 검토하여야 한다. 기업별 노동조합을 마치 회사의 한 부서인 양 생각하는 우리 정서상 노동조합 내부의 비위가 마치 회사의 문제인 것처럼 비춰지는 것이 현실이기는 하다. 그러나 노동조합과 기업은 스스로의 내부 규율과 조직, 그리고 구성원을 갖고 있는 독립된 단체이다. 따라서 노동조합과 기업을 하나의 연결고리로 묶는 것은 노동조합의 자주성과 민주성을 해하는 것이다. 즉, 사용자가 노동조합 내부의 비위자에게 직접적인 징계를 가함으로써 일어날 수 있는 사용자의 지배·개입 가능성과 노동조합 내부의 문제는 노동조합이 스

스로 통제한다는 단체자치가 훼손될 수 있다는 점에 대해서 법원은 검토하지 않았다. 그리고 “징계권은 기업활동을 원활하게 수행하는 데 필요한 범위에서 인정되는 데 불과하고 근로자의 사생활에 대한 사용자의 일반적인 지배까지 허용하는 것은 아니다.”라는 견해를⁴⁾ 발전시키면, 사용자가 회사의 명예 실추, 직장질서 문란, 노사관계 발전 저해 등 모호한 이유를 들어 노동조합을 지배하려는 것 역시 허용되지 않는다고 보아야 한다. 본 판결은 이러한 사안에 대해서 좀 더 깊은 숙고를 하지 않은 점에서 미비함을 보여준다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

4) 임종률(2018), 『노동법』 제16판, 박영사, p.524.

병가 취득 요건 결여를 이유로 한 징계해고의 유효성

- 서울행정법원 2020. 2. 6. 선고 2018구합75504 판결 -

【판결요지】

임금협정서 제7조 제2항 제2호는 ‘몸이 아파 승무가 불가능하여 의사의 진단서 및 소견서를 제출’하면 30일까지 정당하게 결근할 수 있다고 정하고 있지만 취업규칙 제40조 제1호 본문에서 ‘종업원이 질병 기타 부득이한 사유로 결근을 하고자 할 때에는 24시간 전에 결근계를 제출하여 회사의 승인을 얻어야 한다.’는 취지로 정하고 있다. 원고 회사는 위 취업규칙 조항을 근거로 참가인 근로자는 원고로부터 병가 승인을 받았어야 함에도 그러하지 아니하고 출근하지 않았기 때문에 무단결근이라고 주장한다. 그러나 원고 회사가 제출한 증거만으로는 임금협정서의 내용보다 취업규칙의 내용이 우선적으로 적용되어야 한다고 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없고, 원고 소속 택시 운전기사들이 병가신청을 할 때 원고로부터 승인을 받아 왔다는 사정 또한 확인되지 않기 때문에 원고 회사의 주장을 받아들일 수 없어 무단결근의 징계 사유에는 해당하지 않는다. 또한, 원고 회사는 참가인 근로자의 병가 신청이 허위라고 주장하지만, 참가인 근로자가 병원에 정기적으로 방문하지 않았고 병가 중 다른 노동조합의 집회 현장에 2회 방문하였다는 것만으로는 병가신청이 허위라고 단정하기 어렵기 때문에 원고 회사의 주장도 받아들이기 어렵다.

코로나19사태로 인하여 업무 외의 사유에 의한 병가를 법제도적으로 도입하여야 한다는 주장이 본격적인 정책의제로 등장하고 있다. 이러한 병가는 적지 않은 기업에서 취업규칙이나 단체협약 등을 근거로 인정하고 있지만)

- 1) 2008년부터 매년 실시하고 있는 「일가정 양립 실태 조사」의 2016년 기준 결과를 보면 급여 지급 여부와 관계없이 병가 제도가 있는 사업체는 전체의 70.4%였는데, 유급병가의 비율은 49.5%였다. 사업장 규모별로 볼 경우 무급병가까지 포함한 병가 제도 도입률은 300인 이상 사업장의 94.0%(유급은 65.0%)이고 5인 이상 9인 미만 사업장의 경우에도 62.0%(유급은 50.0%)였다(이 조사는 5인 이상 사업체로 1,000개 표본에 대해 진행되며 표본사업체의 인사 담당자가 관련 설문지를 작성하는 방식으로 진행되는데, 연구는 한국여성정책연구원에 위탁하여 진행되고 있다). 보다 정확한 실태를 알기 위해서는 단체협약과 취업규칙을 모두 조사하여야 할 것이지만, 한국보건사회연구원이 25개 지방

병가가 사법적인 방식으로 규정되어 있기 때문에 어떠한 조건하에서 병가가 인정되는 것인지는 역시 당해 단체협약과 취업규칙의 구체적인 문언을 보아야 알 수 있다. 이러한 상황에서는 병가의 인정 여부를 둘러싸고 분쟁이 발생할 가능성이 있는데, 이 판결의 사안은 이를 잘 보여준다.

이 사건의 취업규칙과 임금협정을 보면, 어디에도 명문으로 ‘병가’라고 규정하고 있지 않다. 취업규칙 제40조는 제1항에서 “결근”이라는 표제하에 “종업원이 질병 기타 부득이한 사유로 결근을 하고자 할 때에는 24시간 전에 결근계(별지 5호 서식)를 제출하여 회사의 승인을 득하여야 한다. 단, 급박한 사정이 있을 때에는 유선 또는 구두, 대리로 전달하되, 사후 즉시 문서화하여야 한다.”고 하고 있고, 제2항에서는 “질병으로 인한 결근이 3일 이상인 때에는 의사의 진단서를 첨부하여야 한다.”고 하고 있다. 이어서 제42조에서는 “무단결근”이라는 표제하에 “종업원이 제40조의 규정에 의하여 24시간 전에 결근 신고 또는 허가를 받음이 없이 결근하였을 때는 회사는 무단결근자로 처리한다.”고 하고 있다. 회사의 승인을 받는 방법에 대해서는 인사복무규정 제18조가 정하고 있는데, “질병 또는 부득이한 사유로 결근하고자 할 때는 24시간 전에 결근계를 제출하여 총무과장 및 담당 부장의 결재를 득하여야 한다.”고 하고 있다.²⁾ 이와 같이 사건의 임금협정과 단체협약은 병가를 결근의 예외로서 취급하는 방식으로 인정하고 있다.

그런데 이 사건의 취업규칙과 인사복무규정에는 질병으로 인한 결근에 대해서 유급 여부를 규정하고 있지 않다. 유급 여부에 대해서는 단체협약인 임금협정서에 규정되어 있는데, 임금협정서 제7조(“기본급”)는 다음과 같이 규정하고 있다.

고용노동청이 관할하는 상시 노동자 10명 이상 사업장의 취업규칙을 업종별(제조업·건설업/서비스업), 규모별(10~99명/100~299명/300명 이상) 기준으로 각 노동청당 20여 개씩 뽑아 분석한 결과를 보면, 유급병가를 보장하는 기업은 7.3%에 불과하였지만, 유급이든 무급이든 병가를 취업규칙에 명시한 기업은 57.8%였다[김수진 외(2018), 『질병으로 인한 가구의 경제활동 및 경제상태 변화와 정책과제』, 한국보건사회연구원, p.199 이하].

2) 이와 같이 원칙적으로 사전에 결근계를 제출하여 승인을 받지 않은 경우에는 무단결근으로 처리되는데, 무단결근은 일반해고 및 징계해고 사유이다. 즉, 이 사건의 단체협약 제61조(해고)의 제3호는 “무단결근 6일(격일제 3일) 하였을 때.”를 해고 사유로 정하고 있고, 인사복무규정 제44조(“징계처분의 적용”)에서는 징계해고의 사유로서 “3. 무단결근 6일(해당 근무일) 했을 때”라고 규정하고 있다.

- ① 기본급은 …… 산정하며, 이에는 주휴수당이 포함된 것으로 하고 정당한 사유로 결근한 자는 기본급 전액을 지급한다.
- ② 정당한 결근자라 함은 다음 각 호에 의한다.
 1. …
 2. 몸이 아파 승무가 불가능하여 의사의 진단서 및 소견서를 제출하였을 때(30일까지). 단, 연 2회를 초과하거나 자해사건은 제외하며 연간 2회라 함은 최초발생일로부터 연간 2회로 한다.

이 사건에서 참가인 근로자는 2017. 6. 1. 모 정형외과에 내원하여 병가를 위한 진단서를 발급받아 원고 회사에 제출하면서 병가를 요청하였는데, 이 진단서에는 ‘향후 2주간의 가료가 필요하다는 취지’가 기술되어 있었다. 이에 원고는 병가를 확인하고 병가에 따른 임금을 지급하기 위해서는 진료내역 등이 필요하다고 하면서 제출하라고 구두로 요구하였으나 참가인 근로자가 이에 불응하였다. 참가인 근로자는 2주간 결근하였는데, 원고 회사는 2017. 7. 3. 참가인 근로자에게 진료 내역서를 제출하면 영수증 등과 함께 검토하여 참가인 근로자에게 6월분 급여에서 병가를 반영하여 지급하겠다고 통보하였다. 하지만 참가인 근로자는 이에 불응하였고 원고 회사는 2017. 7. 17. 참가인 근로자에게 이미 제출한 진단서와 함께 치료를 받은 내역서를 제출하라는 취지를 다시 통보하였다. 참가인 근로자가 역시 이에 불응하였고, 이에 원고 회사는 2017. 7. 27. 참가인 근로자에게 병가신청취소를 통보하였다. 그리고 원고 회사는 참가인 근로자가 2017. 6. 1.부터 2017. 6. 14.까지 무단결근을 한 것으로 판단하여 인사복무규정 등에 따라서 징계하고 사유에 해당한다고 하여 여타의 사유³⁾와 함께 징계사유로 삼아 참가인 근로자를 징계하고하였다. 참가인 근로자의 부당해고 구제신청에 대해서 초심은 신청을 받아들였고, 중앙노동위원회는 원고 회사의 재심 신청을 기각하였다.

이 사건 판결의 핵심적 쟁점은 위 기간 동안의 결근이 무단결근에 해당하느냐에 있다. 이 사건 판결은 취업규칙 제40조 제1호의 승인 규정이 적용되어야 한다는 원고 회사의 주장을 배척하고 임금협정서 제7조 제2항 제2호를

3) 이 사건에서 원고 회사가 징계사유로 든 것은 무단결근 이외에 배차승무지시 위반 및 차량 무단 사적 사용, 유가보조금의 편취이다. 이 사건 판결은 이들 사유 모두 징계사유에 해당하지 않는다고 판단하였다.



적용하면서 병가 신청도 허위가 아니라고 하여 위 결근이 무단결근에 해당하지 않는다고 하고 있다. 이 사건 판결은 매우 간단하게 판단하고 있지만, 쟁점을 크게 두 가지로 정리해 볼 수 있다. 첫째는 병가의 법적 근거가 무엇인지에 관한 것이고, 둘째로는 그 법적 근거에서 정하고 있는 병가의 요건을 어떻게 보아야 하는지이다.

이 사건 판결은 병가의 법적 근거를 임금협정에서 찾았다. 그 이유는 명확하지 않지만, 임금협정 제7조 제2항에서 정당한 결근자가 누구인지를 규정하고 있는 이상 단체협약인 임금협정이 취업규칙보다 우선한다는 관점에서 임금협정의 우선 적용을 긍정한 듯하다. 이 사건 임금협정서 제7조 제2항 제2호는 취업규칙에서 정하고 있는 병가에 대해서 그것이 유급이라는 취지를 규정하고 있는 것이 아니라 새롭게 ‘유급 병가’를 그 요건과 함께 규정하고 있다는 취지로 볼 수 있기 때문에 이와 같은 해석은 타당하다. 다만, 이 사건 판결이 ‘원고 회사가 소속 근로자가 병가신청을 할 때 원고 회사로부터 승인을 받아 왔다는 사정이 확인되지 않는다는 점’을 언급하고 있는 것에는 무슨 의미가 있는 것인지 알 수가 없다. 임금협정을 우선하여 적용한다는 것을 확인한 이상 다시 ‘병가신청을 할 때 회사로부터 승인을 받아 왔다는 사정’이 있는지를 검토하는 것은 불필요하기 때문이다. 즉, 이 사건에서 쟁점은 ‘회사의 승인’이라는 절차가 필요한지 여부이고, 승인이 불필요하다는 것의 근거를 이 사건 판결은 임금협정서 제7조 제2항 제2호에서 찾고 있기 때문이다.

다음으로 병가의 법적 요건에 대해서 이 사건 판결은 임금협정서는 병가 요건을 ‘몸이 아파 승무가 불가능할 것’과 ‘의사의 진단서 및 소견서를 제출할 것’만을 정하였고, 병가 중에 병원을 정기 방문해야 한다는 요건은 정하지 아니하고 있다고 하고 있다. 특히 ‘몸이 아파서 승무가 불가능한 상태’로 인정되기 위하여 반드시 주기적인 병원 방문이 필요하다고 보기는 어렵고 집에서 요양하며 병을 치료하는 경우도 충분히 있을 수 있다고 하고 있다. 이와 같이 보면 이 사건 임금협정과 동일한 문언하에서 병가 취득 여부에 있어서는 의사의 진단서나 소견서가 가지는 의미가 절대적이라고 할 수 있다. 즉, ‘몸이 아파 승무가 불가능할 것’이라고 하는 요건의 충족 여부는 독자적으로 의미를 갖기 매우 어렵게 된다. 이 사건에서 원고 회사는 참가인 근로자가 병가 기간 중에 다른 노동조합의 집회 현장에 2차례 다녀갔었다는 점 등을 들어서 참가인의 병가신청이 ‘허위’였다고 하여 ‘몸이 아파 승무가

불가능할 것'이라는 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였다. 이에 대해서 이 사건 판결은 이러한 사실만으로는 '승무가 가능한 상태'였는지를 단정하기 어렵다고 하고 있다. 나아가 원고 회사가 '참가인 근로자가 농성하는 것을 목격했다.'라는 취지의 확인서를 증거로 제출한 것에 대해서도 그 진술 내용만으로는 당시 참가인 근로자의 몸 상태를 구체적으로 알기 어렵다고 하고 있다. 이로부터 보면 '몸이 아파 승무가 불가능할 것'의 판단은 그것이 법규 범적 관점에서의 판단이라고 할지라도 실질적으로는 주로 의학적 판단에 의지할 수밖에 없을 것이다.

그렇다고 하더라도 병가를 그 취득 목적 이외로 사용한 경우에 대한 법적 평가는 남을 것이다. 이 사건에서는 쟁점이 되지는 않았지만, 병으로 인하여 업무수행이 불가능한 경우에만 가능한 병가를 얻었음에도, 그에 따른 가료 등을 하지 아니하고 농성을 하여 병가를 본래의 목적대로 사용하지 않은 것은 질서유지의무와 품위유지의무를 위반한 것으로 징계사유에 해당한다고 한 하급심 판결⁴⁾도 있다.

정영훈(국회미래연구원 연구위원)

4) 서울행정법원 2000. 5. 9. 선고 99구26937 판결.

검찰총장인 검사에 대한 직무집행정지처분에 대한 집행정지의 정당성 여부

- 서울행정법원 2020. 12. 1. 자 2020아13354 결정 -

【판결요지】

이 사건 처분으로 인하여 신청인은 직무집행정지 기간 동안 검찰총장 및 검사로서의 직무를 더 이상 수행할 수 없게 된다. 이는 금전보상이 불가능한 손해일뿐더러 금전보상으로는 참고 견딜 수 없는 유형·무형의 손해에 해당하고, 사후에 이 사건 처분의 취소소송에서 신청인이 승소한다고 하더라도 그러한 손해가 회복될 수 없다. … 이 사건 처분의 효력은 처분 시로부터 바로 발생한다. 이 사건 처분이 비위행위에 대한 징벌적 제재라기보다는 신청인에 대한 징계의결 시까지의 예방적·잠정적 조치라 하더라도, 이 사건 처분의 효과는 신청인의 검찰총장 및 검사로서의 직무수행권한을 완전히 배제하는 것으로서 사실상 해임·정직 등의 중징계처분과 동일한 효과를 가져온다. 따라서 이 사건 처분의 효력 정지를 구할 긴급한 필요성이 인정된다. … 신청인이 검찰사무를 총괄하고 모든 검사를 지휘·감독하는 지위에 있다는 점에서 신청인에 대한 징계사유가 인정됨에도 그 직무집행이 계속될 경우 공정한 검찰권의 행사에 지장이 초래될 우려가 존재하고 이는 중요한 공공복리이다. 그러나 신청인의 위와 같은 지위로 말미암아 신청인에 대한 직무집행정지가 이루어질 경우 검찰사무 전체의 운명과 검찰공무원의 업무 수행에 지장과 혼란이 발생할 우려 역시 존재하고 이 또한 중요한 공공복리이다. 신청인과 피신청인은 이 사건 징계사유의 존부에 관하여 매우 치열하게 대립하고 있다. 현재 신청인에 대한 검찰 징계위원회의 개최가 예정되어 있고 그 징계절차에서 신청인에게 출석권, 진술권, 특별변호인 선임권, 증인신문 등 증거조사 요구권 등의 방어권이 보장되어 있다(「검사징계법」(이하, 검사징계법) 제11조 내지 제13조, 제16조). 사정이 그러하다면 적어도 신청인에 대한 직무배제는 징계절차에서 이 사건 징계사유에 관하여 신청인에게 방어권이 부여되는 등의 절차를 거쳐 충분히 심리된 뒤에 이루어지는 것이 합당하다고 보이고 그것이 「헌법」(이하, 헌법) 제12조가 정한 적법절차원칙에 부합한다.

대상결정의 사안에서 신청인은 검찰총장의 직위에 있는 검사이고 피신청인은 법무부장관이다. 피신청인은 8가지 징계사유를 이유로1) 신청인을 검사징계위원회에 징계청구를 한 뒤 검사징계법 제8조 제2항에 따라 신청인의 직무집행의 정지를 명하였다.2) 이에 대해 신청인은 직무집행정지처분의 적법성을 다투는 취소소송을 제기하였는데(2020구합86002 사건) 이에 부수하여 집행정지 신청을 하였고 대상결정은 신청인의 집행정지 신청을 인용한 것이다.

검사는 공무원이다. 기본적으로 공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 지며 그 신분과 정치적 중립성을 법률에 의해 보장받고 있다(헌법 제7조). 검사의 조직, 직무와 신분보장에 대해서는 「검찰청법」(이하, 검찰청법)에서 규정하고 있고 동법 제37조에서는 “검사는 탄핵이나 금고 이상의 형을 선고받은 경우를 제외하고는 파면되지 아니하며, 징계처분이나 적격심사에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다.”라고 규정하여 신분보장을 명시하고 있다. 그리고 검사의 징계에 관한 구체적 내용에 대해서는 검사징계법에서 징계사유, 징계종류, 징계절차 등을 규정하고 있다.

일반적으로 징계는 당사자의 법적 지위에 불이익을 주는 조치이기 때문에 실제적 정당성과 절차적 정당성이 요구된다. 통상적으로 근로자의 경우에 불이익 조치를 내리기 위해서는 정당한 이유가 있을 것을 요구하고 절차적으로는 사전예고(해고의 경우)라든가 서면통지(해고의 경우)를 요구하고 있다(「근로기준법」 제23조, 제26조, 제27조). 근로자에 대한 징계처분이 정당하

-
- 1) 피신청인이 제시한 신청인에 대한 징계사유는 다음 8가지이다. ① 서울중앙지검장 재직 시 사건관계자인 ****와 부적절한 만남을 가진 혐의, ② 대검찰청 수사정보정책관실로 하여금 주요사건 재판부 판사들의 개인정보 및 성향자료를 불법수집·활용하게 한 혐의, ③ ****에 대한 대검찰청 검찰부의 검찰착수보고를 받고 정당한 이유없이 검찰을 중단하게 한 혐의, ④ ****에 대한 수사방해 목적으로 전문수사자문단 소집을 강행하여 수사지휘권을 부당하게 행사한 혐의, ⑤ *** 전 총리 사건 수사검사들에 대한 검찰을 방해하면서 대검찰청 인권부로 하여금 민원 사본을 마치 민원 원본인 것처럼 허위로 기재한 서류를 서울중앙지검에 송부하도록 한 혐의, ⑥ ****에 대한 검찰착수 사실을 외부에 알려 언론에 보도되게 함으로써 검찰을 방해한 혐의, ⑦ 대검찰청에 대한 국정감사 시 퇴임 후 정치시사 발언을 하여 검사로서 정치적 중립에 관한 위신을 손상한 혐의, ⑧ 검찰대상자로서 협조 의무를 위반하고 검찰을 방해한 혐의.
- 2) 검사징계법 제8조 ② 법무부장관은 필요하다고 인정할 때에는 징계혐의자에게 직무 집행의 정지를 명할 수 있다.



기 위해서 요구되는 실제적 정당성과 절차적 정당성은 징계사유의 존재, 징계절차의 준수 여부, 징계양정의 적정성이라는 세 가지 기준을 토대로 판단하게 된다. 징계가 정당하기 위해서는 근로자의 규율 위반 또는 비위행위가 취업규칙 등에서 정한 징계사유에 해당해야 하고 나아가 취업규칙이나 단체협약 등 소정의 징계절차에 따라서 징계가 이루어져야 하며 특히 징계처분의 정도가 근로자의 원인행위에 비추어 적정하거나 상당해야 한다. 세 가지 요건 중 하나라도 충족하지 못한 경우 해당 징계는 무효이다.

그런데 공무원 역시 그 본질은 근로자이기(헌법 제33조 제2항) 때문에 공무원에 대한 징계 역시 근로자와 마찬가지로 그 정당성 여부를 판단하기 위해서는 징계사유의 존재, 징계절차의 준수 여부, 징계양정의 적정성이라고 하는 세 가지 기준이 충족되어야 한다. 이와 관련하여 공무원의 경우, 사적자치의 원리가 기반이 되는 민간 근로자와는 좀 다른 특별한 유형, 즉 국가 및 국민과의 관계가 중시되는 특별한 유형의 근로자이기 때문에 법치행정의 원리가 기반이 되어 법률관계가 규율된다. 특히 공무원의 경우 징계절차와 관련해서는 민간 근로자와는 달리 징계절차의 공정성 확보를 위한 일련의 조치들이 법률 등에 상세히 규정되어 있는 것이 특징이다. 근로자의 특별한 유형인 공무원의 법률관계를 규율하기 위해서 「국가공무원법」(이하, 국가공무원법), 「지방공무원법」(이하, 지방공무원법) 등 공무원 일반에게 적용되는 법률이 존재하고 직무와 권한 기타 역할의 특수성 등을 고려하여 「경찰공무원법」, 「소방공무원법」 등 다양한 법률이 제정되어 있다. 또한 징계를 통한 신분적 불이익 조치에 대해서는 국가공무원 등 일반 공무원의 경우 국가공무원법 및 지방공무원법에서 징계사유 및 징계종류를 명시하고 있고 징계절차 및 징계양정 기준과 관련해서는 「공무원징계령」을 별도로 두고 있다. 그리고 공무원의 종류별로 예컨대, 경찰의 경우 「경찰공무원징계령」과 같이 해당 종류의 공무원에게 요구되는 직무의 성격이나 국민의 기대 수준이 반영되어 별도의 징계 규정들이 법령의 수준에서 마련되어 있다. 특히 재판의 독립성 차원에서 사법부에 속하는 판사의 경우, 보다 더 강한 정도의 신분보장을 받고 있고 「법관징계법」이라는 별도의 법률로 판사를 징계하기 위해 필요한 절차를 상세히 규정하고 있다. 예컨대, 징계위원회 구성의 공정성, 징계 절차 진행에 있어서 피징계자에 대한 방어권 보장 등의 관점이 구현되어 있다. 검사의 징계에 대해서 검사징계법이 별도로 마련되어 있는 것도 같은

맥락이라고 할 수 있다.³⁾

대상결정의 사안에서 문제되는 검사징계법상 ‘직무집행정지처분’은 검사로 하여금 그 직무집행에서 배제시키는 것으로 공무원법상 공무원에 대한 직위해제처분과 동일한 기능을 가진다. 보통의 일반적인 공무원에 대한 직위해제처분은 그 기간과 효과가 매우 명확하게 규정되어 있다. 국가공무원 및 지방공무원이 직위해제된 경우 3개월의 범위에서 대기를 하도록 명하기 때문에(기속행위) 법문상 직위해제처분이 내려지는 경우 그 기간이 명확하다(국가공무원법 제73조의3, 지방공무원법 제65조의3). 또한 대기명령의 경우에도 그 기간의 경과와 함께 직무복귀를 시킬 것인지 직권면직을 할 것인지, 즉 어떤 조치를 취해야 하는지 명확히 규정되어 있다(국가공무원법 제70조 제1항 제5호, 지방공무원법 제62조 제1항 제5호). 즉 당사자 입장에서 예측가능성이 담보되어 있다. 그에 비해 검사징계법에서 명시하고 있는 직무집행정지처분의 경우, 검찰총장의 요청에 의한 검사에 대한 직무집행정지는 2개월 내에서 가능하고(검사징계법 제8조 제3항) 또한 2개월의 범위 내에서 대기하도록 명할 수 있다(검사징계법 제8조 제4항). 그러나 검찰총장에 대한 직무집행정지는 법문상 그 가부만 알 수 있을 뿐이다. 또한 대기명령이 재량 행위여서 필수적인 것이 아닐뿐더러 직무집행정지된 검찰총장에 대해서 대기명령이 내려지지 않은 경우 그에 대한 직무집행정지처분은 언제까지 가능한지 알 수가 없다. 물론 검사징계법에 따라 징계절차가 진행되어 해임(解任), 면직(免職), 정직(停職)되는 경우 해당 징계처분 자체가 직무집행의 정지를 포함하고 있는 것이므로 직무집행정지처분의 존속기간이 문제되지 않는

3) 다만, 현행 검사징계법의 경우 검사징계위원회 위원장이 법무부장관이고 징계위원은 당연직인 법무부차관 외에 나머지 위원 5인 및 예비위원 3인을 모두 법무부장관이 지명하거나 위촉할 수 있도록 하고 있어 객관성과 엄정성의 문제가 지적되었다. 이에 2020. 10. 20. 현행 검사징계법이 개정되어 검사 징계위원회의 인원을 현행 7명에서 9명으로 확대하고, 위원의 과반수를 대한변호사협회장이 추천하는 변호사 1명, 한국법학교수회 회장 및 법학전문대학원협의회 이사장이 각각 1명씩 추천하는 법학교수 2명, 학식과 경험이 풍부한 사람으로 변호사 자격이 없는 사람 2명으로 위촉하도록 구성을 변화시켰다(시행 2021. 1. 21). 현행 검사징계법에 대해서는 신청인의 변호인이 헌법소원청구 및 효력정지처분 신청을 하였다. 헌법재판소의 기존의 관행을 보면 효력정지처분에 대한 판단은 다소 시간이 걸릴 것으로 보이고, 헌법소원의 경우 이미 검사징계법이 개정되었고 2021년 1월 시행을 앞두고 있다는 점을 고려하면 위헌 판단이 나올 가능성이 높아 보인다. 그렇지만, 신청인에 대한 징계처분은 현행 검사징계법에 의해 2020.12.16. 이미 결정되었다.

다. 또한 감봉(減俸)이나 견책(譴責)의 징계가 내려지는 경우에도 감봉이나 견책의 법적 효과에 따라 직무집행의 복귀는 예정된 것으로 보이기도 한다(검사징계법 제3조 제4항, 제5항 참조). 그렇지만 검사에 대해 직무집행정지처분이 내려진 상태에서 징계위원회 구성 등과 같은 절차적 이유라든가 그 밖에 정치적 이유 등으로 인해 징계심의 절차가 지연되는 경우 직무집행정지처분의 효력 또한 계속 지속될 수밖에 없다. 이는 해임이나 면직, 정직과 같은 징계처분을 하지 않고도 그와 동일한 효과를 직무집행정지처분을 통해 얻을 수 있다는 것을 의미한다. 특히 검사 중에서 보다 더 특별한 지위와 역할을 하고 권한을 가진 검찰총장은 단 1명뿐이고 또한 임기가 2년이며 중임할 수 없다는 점에서(검찰청법 제12조), 직무집행정지처분의 대상자가 검찰총장인 경우 그 파장이나 정치적 효과는 보통의 검사와 비교할 수 없을 것이다. 검찰총장인 검사에 대한 직무집행정지처분은 기본적으로 그 존속기간에 대한 예측가능성이 약하고 징계권자의 정치적 계산을 통해 악용될 여지가 존재한다는 점을 부인하기 어려워 보인다.

공무원에 대한 신분상 불이익 처분은 국민에 대한 행정처분과 마찬가지로 당사자의 법적 지위나 권리·의무에 영향을 주기 때문에 역시 행정처분이다. 그래서 그 효력을 정지시키기 위해서는 집행정지 신청을 이용하여야 한다. 우리 법은 행정처분에 대해 행정심판이나 행정소송으로 다투는 경우, 그 처분의 집행 내지 절차 속행으로 인해 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 인정될 때 그 처분의 효력 등을 정지할 수 있도록 집행정지 신청을 규정하고 있다(「행정심판법」 제30조, 「행정소송법」 제23조). 행정소송 본안 사건이 제기되어 있는 경우, 행정처분의 효력정지나 집행정지를 구하는 신청사건에서는 행정처분 그 자체의 적법 여부를 판단할 것이 아니고 그 행정처분의 효력이나 집행 등을 정지시킬 필요가 있는지 여부, 즉 「행정소송법」 제23조 제2항 소정 요건의 존부만이 판단대상이 된다.⁴⁾ 이런 취지에서 대상결정에서도 “본안은 본안 청구가 이유없음이 명백하지 않아야 한다는 정도의 소극적 요건으로만 심리될 뿐이고, 집행정지 사건의 심리 및 판단에 있어 본안에서 다루어져야 할 처분의 위법성까지 구체적·개별적으로 판단함은 적절하지 않다.”고 밝히고 있다.

4) 대법원 2011. 4. 12. 자 2010무111 전원합의체 결정.

집행정지의 요건에 해당하는 ‘회복하기 어려운 손해’는 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서 금전보상이 불가능한 경우 또는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 의미하고, ‘처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요’가 있는지는 처분의 성질, 양태와 내용, 처분 상대방이 입는 손해의 성질·내용과 정도, 원상회복·금전배상의 방법과 난이도 등은 물론 본안청구의 승소가능성 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2018. 7. 12. 자 2018무600 결정). 그리고 집행정지가 허용되지 않는 소극적 요건으로서의 ‘공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때’에 대해서는 그 주장·소명책임이 행정청에게 있다(대법원 1999. 12. 20. 자 99무42 결정). 집행정지 제한사유와 관련하여 대상결정은, “공공복리에 미칠 영향이 중대한지의 여부는 절대적 기준에 의하여 판단할 것이 아니라 신청인의 ‘회복하기 어려운 손해’와 ‘공공복리’ 양자를 비교·교량하여 전자를 희생하더라도 후자를 옹호하여야 할 필요가 있는지 여부에 따라 상대적·개별적으로 판단하여야 한다.”고 밝히고 있다.

대상결정은 집행정지의 법리에 기초하여 사안이 집행정지의 요건에 부합하는지 판단하고 있다.

첫째, 대상결정은, 직무집행정지처분으로 인하여 직무집행정지 기간 동안 검찰총장 및 검사로서 직무를 수행할 수 없는 것을 금전보상이 불가능하고 금전보상으로는 참고 견딜 수 없는 유·무형의 손해에 해당하며 추후 직무집행정지처분의 취소소송에서 승소하더라도 그러한 손해가 회복될 수 없다고 보았다.

둘째, 대상결정은, 직무집행정지처분이 신청인의 검찰총장 및 검사로서의 직무수행권한을 완전히 배제하는 것이므로 사실상 해임이나 정직 등 중징계 처분과 동일한 효과를 가져오므로 직무집행정지처분의 집행정지를 구할 긴급한 필요성이 인정된다고 보았다. 특히 신청인에 대한 징계처분이 예정되어 있다고 해도 최종적으로 징계절차가 언제 종결될지 예측하기 어려운 상황에서 집행정지 필요성을 부인한다면 이는 신청인의 법적 지위를 불확정한 상태에 두는 것이어서 받아들일 수 없다고 지적하였다.

셋째, 대상결정은, 검사징계법 제8조 제2항에서 법무부장관이 ‘필요하다고



인정할 때' 징계혐의자인 검사에게 직무집행의 정지를 명할 수 있다고 규정되어 있더라도 검찰총장의 지위, 법무부장관과 검찰총장과의 관계 및 그 지휘·감독권의 성격에 비추어 볼 때, 그 직무집행정지 권한 행사의 대상이 검찰총장인 경우 직무집행정지라는 재량권 행사는 더욱 예외적으로 또한 보다 엄격한 요건하에서 이루어져야 하고 검찰총장이 대통령에 의해 임명되고 그 임명 과정에서 국회의 인사청문회를 통하여 검증이 이루어지는 것을 고려하면 직무집행정지의 필요성이 더욱 엄격하게 숙고되어야 한다고 보았다. 특히 대상결정은, 신청인에 대한 직무집행정지가 지속될 경우 임기 만료시까지 신청인이 직무에서 배제되어 사실상 신청인을 해임하는 것과 같은 결과에 이르고 이는 검찰의 독립성과 정치적 중립성을 보장하기 위하여 검찰총장의 임기를 2년 단임으로 정한 검찰청법 등 관련 법령의 취지를 몰각하는 것이라고 지적하였다. 또한 대상결정은, 신청인이 검찰사무를 총괄하고 모든 검사를 지휘·감독하는 지위에 있다는 점에서 신청인에 대한 징계사유가 인정됨에도 그 직무집행이 계속될 경우 공정한 검찰권의 행사에 지장이 초래될 우려가 존재하고 이는 중요한 공공복리이긴 하지만, 신청인의 위와 같은 지위로 말미암아 신청인에 대한 직무집행정지가 이루어질 경우 검찰사무 전체의 운명과 검찰공무원의 업무 수행에 지장과 혼란이 발생할 우려 역시 존재하고 이 또한 중요한 공공복리라는 전제에서, 신청인의 징계사유의 존부에 관하여 매우 치열하게 대립하고 있으며 신청인에 대한 검찰 징계위원회의 개최가 예정되어 있고 그 징계절차에서 신청인에게 출석권·진술권·특별변호인 선임권·증인신문 등 증거조사 요구권 등의 방어권이 보장되어 있으므로, 신청인에 대한 직무배제는 징계절차에서 징계사유에 관하여 신청인에게 방어권이 부여되는 등의 절차를 거쳐 충분히 심리된 뒤에 이루어지는 것이 합당하다고 보이고 그것이 헌법 제12조가 정한 적법절차원칙에 부합한다고 지적하였다.

기본적으로 대상결정은 이 사건 신청인에 대한 징계사유의 존부를 심리하거나 판단한 바 없다. 단지 신청인에 대한 직무집행정지처분에 대한 집행정지의 당부만을 판단하였을 뿐이다. 대상결정은 신청인에게 혐의가 지워진 징계사유에 대해 판단한 것은 아니기 때문에 대상결정으로 인해 징계처분에 대한 사법심사가 선행되었다거나 징계행정의 독립성과 자율성에 영향이 발생했다고 보아서는 안 된다. 다만 대상결정은, 검찰총장인 검사는 단 1명이

고 2년 단임의 임기가 보장되어 있으며 국회의 검증을 거쳐 임명된 것인 만큼 그 지위와 역할 및 권한이 평검사와 달리 더욱 특별하다는 점을 집행정치의 요건 심리에서 중점적으로 고려하고 있다.

대상결정을 통해 징계절차의 공정성과 적법성에 대해 다시 한번 생각해보는 계기가 되었다. 공무원의 신분보장은 헌법과 법률에 의해 보장되는 것이기에 공무원에 대한 징계처분 및 징계처분과 관련되는 일련의 처분(직위해제, 직무집행정지 등) 역시 법치행정의 원리를 따라야 하고 특히 절차적 정당성이 징계 사유의 존재 이상으로 중요하고 또한 강조되어야 한다고 본다. 그에 비해 민간 근로자의 경우 아직은 절차적 정당성에 대한 요구가 공무원의 그것만큼 강조되고 있거나 엄격하게 다루어지고 있지는 못하고 있는 것 같다. 특히 민간 근로자의 징계절차와 관련해서는 징계위원회와 공정한 구성이나 방어권 보장 등 절차적 정당성을 담보할 수 있는 그 어떤 기준이나 지도원리 등에 대해서 법령상 특별히 규정되어 있는 것조차 없고 그 대부분이 당사자에게 맡겨져 있을 뿐이다(취업규칙 등). 공무원의 징계처분 등에 대한 절차적 정당성 확보가 흔들린다면 민간 근로자의 경우에는 더 말할 것도 없을 것이다.

한편, 노동법적 쟁점과는 관계없지만, 대상결정은, 신청인에 대한 직무집행정지처분의 집행정지 기간과 관련하여 직무집행정지처분에 대한 본안 사건의 판결 확정 시가 아니라 본안 사건의 판결 선고 후 30일까지만 직무집행정지처분에 대한 효력을 정지하도록 기재하고 있는데, 이러한 결정방식은 처음 보면 생경하게 여겨질 수 있지만 그렇다고 하여 특별한 것은 아니다. 본안 사건의 판결 후 30일의 기간 동안 집행정지 신청을 또 할 것인지 여부에 대해 당사자가 스스로 결정하면 되기 때문이다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

근로관계의 종료

해고기간 중의 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익이 있다

- 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결 -

【판결요지】

부당해고 구제명령제도에 관한 「근로기준법」(이하, 근로기준법)의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다고 보아야 한다.

(1) 사건의 경과)와 법적 쟁점

근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 근무하던 중 2016. 12. 경 사용자로부터 무단외출 등의 사유로 징계해고를 통보받고 서울지방노동위원회에 구제신청을 하였다. 그 후 근로기준법 제30조 제3항에2) 따라 원직

- 1) 서울지방노동위원회 2017. 5. 11. 판정 2017부해30(기각) → 중앙노동위원회 2017. 8. 24. 판정 2017부해603(기각, 초심유지) → 서울행정법원 2018. 12. 13. 선고 2017구합6235 판결(각하) → 서울고등법원 2019. 9. 4. 선고 2019누30487 판결(기각, 1심 유지) → 대법판결(1심으로 파기환송) → 파기환송심 서울행정법원 2020구합56179 진행 중.
- 2) 근로기준법 제30조(구제명령 등) ① 노동위원회는 제29조에 따른 심문을 끝내고 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고 등이 성립

복직 대신 임금 상당액 이상의 금품지급명령(‘금품지급명령’ 내지 ‘금전보상명령’)을 구하는 것으로 신청취지를 변경하였다. 근로자의 부당해고 구제신청은 서울지방노동위원회 및 중앙노동위원회에서 정당한 이유가 있다고 기각되었고, 이에 불복하여 서울행정법원에 재심판정 취소를 구하는 소를 제기하였다. 소송이 진행되던 중 적법한 절차를 거쳐 신설된 정년(만 60세)의 시행일인 2017. 10. 1. 근로자는 정년이 되어 당연퇴직하였다. 이에 서울행정법원과 서울고등법원은 기존 대법원 판례를³⁾ 좇아 해고의 효력을 다투던 중 정년에 도달하여 근로관계가 종료되었으므로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 되어 소의 이익⁴⁾이 없다고 각하하였다. 그러나 대상판결인 대법원 전원합의체(이하, 대상판결)는 전원일치로 위와 같은 【판결요지】로 종전 대법원 판결을 변경하면서 서울행정법원으로 파기 환송하였다.

노동위원회가 부당해고라고 판단하면 사용자에게 근로자를 원직에 복직 시키라는 명령(원직복직명령)과 더불어 해고기간에 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하라는 명령(임금 상당액 지급명령)을 하게 된다. 그런데 근로자가 이 사건과 같이 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년이나 근로계약기간 만료 등으로 근로관계가 종료되는 경우 근로자가 더 이상 원직에 복직하는 것이 불가능하게 되었기 때문에 노동위원회는 원직복직명령을 내릴 수 없거나 노동위원회의 원직복직명령을 유지할 필요가 없어 종전 판례는 이에 따른 구제이익의 소멸로 각하하

하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다.

③ 노동위원회는 제1항에 따른 구제명령(해고에 대한 구제명령만을 말한다)을 할 때에 근로자가 원직복직(原職復職)을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.

위 근로기준법 제30조 제3항은 2007. 1. 26. 법률 제8293호로 신설되고 2007. 7. 1. 시행되었다.

- 3) 대상판결에서 언급한 종전 판례는 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2001두533 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011두1993 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012두3484 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두4746 판결 등으로 모두 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료와 임기만료로 근로관계가 종료된 사안이며, 대상판결에 따라 위 종전 판례는 변경되었다.
- 4) 소의 이익이란 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 행정소송을 제기한 경우 재심의 명령이나 처분의 취소를 구할 법률상의 이익을 말하며, 구제이익(구제신청의 이익)이란 부당해고나 부당노동행위 등에 관하여 노동위원회의 공권적 판단(구제명령)을 구하기 위하여 가지고 있어야 하는 구체적 이익 내지 필요를 말한다.

였다. 여기서 근로관계가 적법하게 종료되어 원직복직명령을 구하거나 유지할 수는 없어도 부당해고기간에 받지 못한 임금 상당액을 구할 독자적 구제이익이 있는지를 두고 그간 논란이 되어 왔었다. 종전 판례는 해고기간 중 임금 상당액 지급명령을 구할 필요가 있더라도 이는 민사소송절차를 통해 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익이 없다며 임금 상당액 지급명령의 독자적 구제이익을 부정하였다. 이러한 가운데 2007년 근로기준법 제30조 제3항의 금품지급명령(금전보상명령)제도의 도입으로 다시금 임금 상당액 지급명령을 구할 독자적 구제이익이 있다는 주장에 힘이 실렸다. 노동위원회 및 하급심을 중심으로 부당해고를 당한 때로부터 계약기간 만료, 정년 또는 폐업 시까지 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 하였으나 종전 판례에 번번이 가로막혀 패소하거나 취소되었다. 이와 같이 판례의 입장에 변화가 없고, 이러한 한계로 인해 기간제근로자 등이 노동위원회 구제절차를 사실상 이용하지 못하는 불합리한 결과를 낳을 뿐만 아니라 사용자가 근로계약기간 중 부당해고를 하더라도 어떠한 법적 책임을 부담하지 않음으로써 사실상 사용자의 부당해고를 용인해 주는 결과를 초래하여 비정규 고용이 남용될 수 있는 여지를 제공하게 되자 입법적으로 개선하지는 요구가 있었다.⁵⁾ 이러한 입법적 개선 시도가⁶⁾ 결실을 못 보고 있는 사이 대법원은 전원합의체 판결을 통해 스스로 자신의 견해를 변경함으로써 바로잡았다.

(2) 위 대법원 전원합의체가 임금 상당액 지급명령 내지 금품지급명령을 받을 독자적 이익이 있다며 종전 판결을 변경한 주요 논거는 아래와 같다.

첫째, 부당해고 구제명령제도는 ‘부당한 해고를 당한 근로자에 대한 원상회복, 즉 근로자가 부당해고를 당하지 않았다면 향유할 법적 지위와 이익의 회복을 위해 도입된 제도’이므로 근로자 지위의 회복뿐만 아니라 (원직에 복직하는 것이 불가능하다) 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하

5) 고용노동부도 이와 같은 문제점을 인식하여 2014. 12. 29. 발표한 ‘비정규직 종합대책’에 부당해고를 당한 기간제근로자가 남은 계약기간 중 임금 상당액을 받을 수 있도록 구제명령 범위를 확대하는 내용을 포함하였고, 필자[하경효·박종희·강선희(2011), 『서울지노위 판례 분석을 통한 해고제한제도의 운영실태와 특징-경제·일반해고를 중심으로』, 『고려법학』 제61호, 고려대학교 법학연구원, p.471]를 비롯한 노동법학계 다수가 입법적 개선방안을 제시하였다.

6) 장석훈 의원 대표발의(2019. 2. 22.), 한정애 의원 대표발의(2019. 12. 27.) 등.

는 것도 부당하고 구제명령제도의 목적에 포함된다.

둘째, 원직복직명령은 장래의 근로관계에 대한 조치이고, 해고기간 중의 임금 상당액 지급명령은 과거 해고기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리하기 위한 것으로 서로 목적과 효과가 다르기 때문에 원직복직이 가능한 근로자에 한정하여 임금 상당액을 지급받도록 한 것은 아니다.

셋째, 노동위원회의 구제명령은 이행강제금(근로기준법 제33조)과 형사처벌(근로기준법 제111조)을 통해 간접적인 강제력을 가지므로 근로자가 해고기간 중의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있고, 따라서 근로자가 구제명령을 얻기 위해 재심판정의 취소를 구할 이익도 인정된다.

넷째, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있다는 사정이 소의 이익 내지 구제이익을 부정할 이유가 되지 않는다. 오히려 민사소송과 별개로 신속·간이한 구제절차 및 이에 따른 행정소송을 통해 임금 상당액의 손실을 회복할 수 있도록 하는 것이 부당하고 구제명령제도의 취지에 부합한다.

다섯째, 종전 판결은 금품지급명령 제도를 도입한 근로기준법 개정 취지에 맞지 않고, 기간제근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다. 원직복직을 전제로 하지 않는 구제수단을 제도적으로 도입한 점에 비추어 보면 원직복직이 불가능한 경우에도 소의 이익을 인정하여 근로자가 구제받을 수 있는 기회를 주는 것이 타당하다.

(3) 대상판결의 적용 대상 및 확대 해석의 가능성 등

대상판결은 종전 판결을 언급하면서 원직복직이 불가능하게 된 경우를 ‘해고의 효력을 다투던 중 사직하거나 정년에 도달하거나 근로계약기간이 만료하는 등의 이유로 근로관계가 종료한 경우’를 들고 있다. 대상판결의 사안은 ‘정년’이고, ‘근로계약기간 만료(기간제근로자)’는 대상판결에서 명시적으로 언급하고 있어 다툼의 여지가 없다. 따라서 임금 상당액 지급명령 및 금품지급명령의 대상기간은 해고일로부터 근로관계 종료일(정년 내지 근로계약기간 만료일)까지이다. ‘사직’의 경우도 대상판결의 법리를 적용할 수 있을 것으로 보이는데 적어도 ‘해고의 효력을 다투던 중에 사직’한 때에) 한정하여 구제이익이 있는지를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 해고의

효력을 다투던 중 ‘폐업’된 경우도 위 근로계약기간 만료 등과 마찬가지로 해고일로부터 사실상 폐업으로 인해 원직복직이 불가능하게 된 때까지 임금 상당액의 지급을 구할 이익이 있다.

한편 징계 및 인사명령의 효력을 다투던 중 위와 같은 원인 내지 적법한 해고로 근로관계가 종료된 경우에도 부당 징계 및 부당 인사명령으로 인한 임금 상당액 및 임금 차액의 지급을 구할 이익이 있는지가 문제될 수 있는데 대상판결의 법리를 보면 이와 같은 경우에도 같은 맥락으로 적용될 수 있을 것으로 보이나 좀 더 깊은 고찰이 필요하다.

위 대법원 전원합의체 판결은 참으로 오랜 도전 끝에 결실을 본 판결로서 다소 늦어졌더라도 환영할 만한 판결이다. 그간 대법원이 갱신기대권 법리를 통해 기간제근로자의 근로계약기간 만료에 대해 해고제한 법리를 유추적용하였다면, 대상판결은 계약기간 중의 부당해고에 대한 임금 상당액 지급 명령 및 금전보상명령의 독자적 구제이익을 인정함으로써 실질적으로 해고 제한법(근로기준법 제30조 제1항)이 작동할 수 있도록 길을 열었다는 점에서 큰 의의가 있다.

강선희(법학박사)

7) 노동위원회에 부당해고 구제신청을 제기하기 전에 근로자가 자의로 사직하였다면 구제 받을 권리를 포기하거나 해고의 수용 또는 합의해지로 근로관계가 종료되었다고 볼 여지가 있기 때문이다.

해고예고수당의 적극적 수령과 퇴직합의

- 서울행정법원 2020. 3. 12. 선고 2019구합4899 판결 -

【판결요지】

- 1) 사용자의 출근명령에도 불구하고 근로자가 출근하지 않은 것이 노사 간 퇴사합의를 인정하게 할 만한 사정에 해당하지 아니한다.
- 2) ‘해고예고수당을 받았다.’는 사실은 근로자의 의사에 반하여 일방적 의사로 근로자와의 근로관계를 종료하였다는 사실과 얼마든지 양립하는 것이므로 위와 같은 사정을 들어 노사 간 퇴직합의를 인정할 수는 없다.
- 3) 해고된 후 다른 회사에 취업하였다가 자신이 퇴사하게 될 것임을 예상하여 부당해고구제신청을 하였더라도 그것이 노사 간 퇴사합의가 있었다고 인정할 사정에 해당하지 아니한다.

1. 사실관계와 노동위원회의 판정

근로자는 A회사에 입사하여 B회사 대표이사 C의 수행기사로 근무하던 중 2018. 9. 28. C로부터 해고통지를 받았다. 근로자는 해고통지를 받은 다음 날인 2018. 9. 29.부터 출근을 하지 않고 있던 중, 2018. 10. 10. B회사로부터 출근을 하라는 연락을 받았지만 출근하지 않았고, 2018. 10. 10. 지방고용노동청에 회사를 상대로 ‘해고예고수당 미지급’을 이유로 한 진정을 제기하는 한편, 2018. 10. 19. D회사에 입사를 하였다. 입사 전 근로자는 회사와 통화하면서 4대보험 피보험자격 상실일을 2018. 10. 15.로 해줄 것을 요청하는 한편, 구체적 상실사유는 ‘개인사유’로 기재하였다. 진정사건과 관련하여 B회사는 ‘퇴직위로금’이라는 명목으로 해고예고수당에 상당하는 금품을 2018. 11. 9. 근로자에게 입금하였고, 근로자는 ‘합의, 해고예고수당 지급받음’을 이유로 진정을 취하하였는데, 2018. 12. 24. 근로자는 부당해고구제신청을 하는 한편, D회사에서는 2019. 1. 4. 퇴사하였다. B회사는 다시 근로자에게 출근하라는 취지의 내용증명을 2019. 2. 1. 발송하였지만, 근로자는 이를 수령한 후 원직 복직이 아니라는 이유로 출근하지 않았다(당초 근로자는 B회사 대표이사의



주소지인 서울 서초구에서 근무하였지만, 복직명령에 따른 출근장소는 전북 김제시였다).

근로자의 부당해고구제신청에 대하여 초심지노위(서울지노위 2019. 2. 19. 2018부해2990)는 해고가 존재하였음을 인정하고 해고사유와 시기의 서면통지의무 위반을 이유로 구제신청을 인용하였고, 중노위(중노위 2019. 5. 21. 중앙2019부해333)는 근로자와 사용자 간의 근로관계가 합의종료되었음을 이유로 초심판정을 취소하는 재심판정을 하였다. 중노위는 회사의 권고사직 이후 근로자가 출근하지 않은 점, 회사의 출근명령에도 응하지 않은 점, 고용보험 피보험자격 상실일자를 조정하려고 한 점, 회사로부터 퇴직위로금을 받은 점 등에 기초하여 근로자가 해고된 것이 아니라 권고사직에 응한 근로계약관계의 합의해지라고 판단하였다.

2. 대상판결의 요지

검토대상판결은 중노위 재심판정을 취소하였다. 근로자의 근로관계가 B회사 대표이사에게 의하여 일방적으로 종료되었고, 근로자가 B회사의 출근명령에 불응한 사실이 있기는 하지만 이러한 사정이 퇴사합의를 인정하게 할 만한 사정에 해당하지 않으며, 특히 새로운 출근장소가 기존의 출근장소로부터 너무 멀리 떨어져 있었다는 점, 근로자가 지방고용노동청에 제기한 진정은 해고예고수당을 받기 위한 것이었고 실제 이를 통해 근로자가 해고예고수당을 받기는 하였지만 그 사실은 해고의 사실과 얼마든지 양립할 수 있어 해고예고수당을 받았다는 것으로부터 근로자의 퇴직합의를 인정할 수는 없다는 점을 이유로 하였다. 나아가 법원은 B회사로부터 해고된 후 D회사에 재취업한 것이 근로자가 B회사의 퇴사에 합의했다고 인정할 만한 사정이 아니라고 하면서, “부당해고를 당한 근로자가 생계를 유지하기 위하여 급하게 다른 기업에 입사하는 일은 이례적인 일이 아니고, ‘새로운 직장을 찾는 이상 굳이 시간과 노력을 들여 기존 직장에서의 해고를 다룰 필요가 없다.’고 판단하는 일 또한 이례적인 일이 아니”기는 하지만 “새로운 직장이 자신에게 맞지 않아 퇴사를 결정하는 과정에서 지난 직장에서의 해고를 다투기로 마음먹는 일’ 또한 얼마든지 가능”하므로, 그러한 사정이 있다고 하여 지난

직장에서의 해고가 퇴사합의에 의한 근로관계 종료로 변하게 되는 것 또한 아니라고 판단하였다. 이에 따라 법원은 사용자의 일방적 의사표시에 의한 해고에도 불구하고 해고사유와 해고시기에 대한 서면통지가 없었음을 이유로 이 사건 해고가 무효라고 보았다.

3. 검토

상당한 지면을 들여 이 사건의 사실관계와 노동위원회 및 법원의 판단 내용을 살펴본 것은 이 판결이 갖는 세 가지의 의미를 말하고자 함이었다. 첫째는 사용자의 복직명령에도 불구하고 부당해고를 인정하였다는 점이고, 둘째는 근로자의 적극적인 해고예고수당 청구권 행사에도 불구하고 근로계약의 합의해지를 인정하지 않았다는 점이다. 마지막으로 해고 후 새로운 직장에 취업한 것이 근로관계의 종료에 대한 합의를 의미하는 것은 아니라고 본 점이다.

첫 번째의 점과 관련하여, 근로자의 부당해고구제신청이 지방노동위원회 단계에서 각하되는 적지 않은 경우는 근로자의 부당해고구제신청 후 사용자의 복직명령이 있을 때이다. 대법원 판례에서는 “근로자가 부당전보 내지 부당해고 구제신청을 하여 전보명령과 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 전보명령과 해고처분을 철회 내지 취소하고 근로자를 복직시켰다면, 근로자로서는 구제를 구하는 사항이 위 복직 등에 의하여 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성하였으므로, ... 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익은 소멸한다.”고 보고 있다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결). 특히 노동위원회의 구제신청제도는 “구제명령을 통하여 정당한 이유 없이 해고된 근로자를 신속하게 원직에 복직시키는 데 그 의의가 있는 것”이기 때문에, 부당해고구제신청을 한 근로자에게 사용자가 복직명령을 한 경우에는 해고의 철회 내지 취소 효과가 발생함에 따라 구제신청의 목적이 달성되었고, 이에 따라 구제신청의 이익이 없어지게 되는 것이다.¹⁾ 부당해고 구제신청 후 이루어지는 사용자의 복직명령은 부당해고구제신청에 대응하기

1) 서울지노위 2019. 12. 19. 서울2019부해2816, 경기지노위 2020. 2. 20. 경기2019부해2919 등 참조.

위한 진정성 없는 복직명령이라는 주장이 근로자 측에 의해 이루어지기도 하지만 그러한 주장이 쉽게 인정되는 것은 아니다. 사용자의 복직명령은 구체적인 근로조건이 밝혀지지 않은 채 이루어지는 경우도 많은데, 그러한 사정이 복직명령의 진의를 판단하는 데 쉽게 영향을 미치지 않는다. 일단 사용자의 복직명령으로 근로자에 대한 해고의 철회 내지 취소 효과가 발생하였다고 볼 수 있게 된다면, 근로자의 부당해고구제신청의 구제이익은 사라지게 되는 것으로 판단해 왔다. 그리고 사용자의 복직명령이 있었음에도 불구하고 근로자가 출근을 하지 않으면서 근로를 제공하지 않는 것은 근로자의 귀책사유로 인한 것이라고 판단하였다(대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카27389 판결 참조). 명확하게 사용자의 복직명령 후 근로자가 근로를 제공하지 않은 것이 근로계약의 합의해지를 의미하는 것인지 여부에 대해서는 밝힌 바 없지만, 사용자의 해고철회와 복직명령 후 근로자가 출근하지 않고 근로를 제공하지 않는 것은 출근의무를 이행하지 않는 것이 근로계약의 합의해지인지, 혹은 ‘근로자의 귀책사유’라는 것은 결국 복직명령에 불응하여 출근하지 않으면 그것이 근로자의 무단결근에 해당할 수 있는 것인지, 그래서 사용자는 임금지급의무를 부담하지 않으면서 무단결근에 따른 새로운 징계해고를 강행할 수 있는지에 대한 논란의 여지가 있을 수 있다.

검토대상판결은 먼저, 근로자가 사용자의 복직명령에 응하지 않은 것이 근로계약의 합의해지를 의미하는 것은 아니라는 것을 말하였다. 법원은 근로자가 출근명령에 불응한 이유, 즉 출근지의 변경이라는 근로조건 변경 측면에 대해서도 언급하여 “새로운 출근장소로 지정된 김제시가 기존 출근장소였던 서울 서초구로부터 너무 멀리 떨어져 있었기 때문”에 근로자가 출근명령에 응하지 않았던 것이라고 하였다. 복직명령 시 합의되지 않은 근로조건 급격한 변동은 복직명령에 대한 사용자의 진의를 의심하게 할 수 있고, 근로조건 급격한 변동에 근로자가 동의하지 않은 것이 근로계약의 합의해지를 의미하는 것은 아니라는 점인바, 복직명령에 응하지 않고 근로자가 부당해고구제신청을 이어가는 경우 부당해고구제신청의 구제이익이 존재하는 것으로 판단한 것이다. 따라서 사용자의 복직명령이 ‘원직복직’이 아니면서 근로조건 합의되지 않은 변경을 가져오는 경우, 근로자는 부당해고구제신청을 이어갈 이익을 갖게 되고, 사용자의 복직명령에도 불구하고 근로자에 대한 부당해고는 여전히 진행되고 있는 것이므로 근로자의 출근의무

불이행은 무단결근이 아니게 되며, 원직복직을 하지 못하고 있는 기간에 대해서는 부당해고에 따른 사용자의 임금지급의무 또한 사라지지 않게 되는 것으로 해석할 수 있다. 검토대상판결이 사용자의 근로조건 변동을 전제한 복직명령과 근로자의 복직명령 불응은 근로계약의 합의해지가 아니라고 판단한 것은 지금까지 다소 부족했던 해석의 공백을 채우는 의미를 갖는다.

두 번째 점과 관련하여, 통상적으로 근로자가 해고예고수당 등 근로관계의 종료에 따른 금품에 대한 청구권을 적극적으로 행사하는 경우, 근로자가 근로관계의 종료에 합의를 한 것으로 인식되기 쉽다. 특히 그 권리의 행사가 고용노동청에 대한 진정의 제기를 통해 이루어지고, 진정이 제기된 후 진정 취하를 위한 사용자와의 합의 시 부제소합의를 덧붙이는 경우가 많은데, 이 부제소합의로 인해 근로관계종료에 대한 합의의 의사가 추정되기도 한다. 부제소합의의 대상이 해고예고수당에 국한되는 것이 아니라 해고 자체에 대한 부제소합의가 되거나, 그렇게 해석해버리고 마는 경우들이 있기 때문이다. 부제소합의의 효력과 합의문 자체에 대한 법률적 판단을 충분히 할 수 없는 근로자들이 진정 취하와 그것을 위한 합의문 작성으로 예기치 않게 권리구제수단의 상실이라는 피해를 받게 되는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 노사 간 해고를 둘러싼 부제소합의문을 작성하는 경우 그것이 근로관계의 종료에 대한 합의인지, 아니면 특정 금품에 대한 합의인지를 명확하게 하는 것에 대한 특별한 주의가 필요한데(이 주의를 근로자뿐만 아니라, 진정사건을 다루는 근로감독관에게도 요구된다), 해고예고수당에 대한 부제소합의는 해고에 대한 부제소합의가 아니라는 것, 특히 검토대상판결에서 법원이 말하고 있는 것과 같이 근로자의 해고예고수당에 대한 적극적 청구와 해고는 양립할 수 있는 사실이라는 것에 대한 인지가 요구된다. 엄밀하게 말하여 해고예고수당은 「근로기준법」 제26조에 따라, 해고에 대한 30일 전의 예고를 대신하는 금품일 뿐이다. 해고예고 후 30일이 지나 해고가 되었다고 해서 그것이 해고가 아닌 것이 되는 것은 아닌 것과 같이, 해고예고수당이 지급되었거나 혹은 즉시해고된 근로자가 지급받았어야 할 해고예고수당을 적극적으로 청구하였다고 하여, 또한 해고예고수당을 청구하는 고용노동청에 대한 진정의 접수를 사용자와의 합의하에 취하하였다고 하여 그 해고가 해고 아닌 것이 되는 것은 아닌 것이다. 그러므로 검토대상판결에서 법원이 “근로자가 해고예고수당을 받기는 하였지만 그 사실은 해고의 사실과 얼마든지 양

립할 수 있”다고 지적한 것은 적절하였다.)

한편, 이 판결에서는 해고 후 새로운 직장에 취업한 것이 근로관계의 종료에 대한 합의라고도 보지 않았다. 특히 금전보상명령의 독립적 구제이익을 인정한 대법원 판결(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 판결)에 따라, 복직의 가능성이 없더라도 부당해고구제신청의 구제이익을 인정할 수 있게 되었는데, 검토대상사건에서 근로자는 다른 회사에 잠시 취업을 하였다 퇴사를 앞두고 부당해고구제신청을 하였다. 다른 회사에 취업한 것이 곧 이전 회사와의 근로관계의 합의해지를 의미하는 것으로 보아 온 것이 지금까지의 경향이라고도 할 수 있을 것인데, 검토대상사건에서 법원은 근로자의 사정을 들어 부당해고를 당했다더라도 재취업할 수 있다는 것, 또 재취업을 했다가도 자신과 맞지 않아 퇴사를 결정하면서 이전 회사에서의 부당해고를 다투기로 마음먹는 일이 얼마든지 가능하다고 보면서, 이러한 사정이 있다고 하여 지난 직장에서의 해고가 퇴사합의에 의한 근로관계 종료로 변하게 되는 것은 아니라고 밝혔다. 필자가 최근에 읽은 판결문 가운데 근로자 측의 사정을 가장 적극적으로 해석한 판결이었다. 특히 부당해고구제신청은 원직복직만을 목적으로 하지 않고 금전보상명령을 목적으로 할 수도 있는바, 해고 후 재취업이 부당해고구제신청에 대한 구제이익을 결정하는 요인이 될 수 없음은 당연하고, 설사 금전보상명령을 목적으로 하는 구제신청이 아니더라도 재취업회사와의 근로관계를 종료한 후 원직복직될 수도 있음을 전제해야 할 것이다.

근래 법원이 노동위원회의 부당해고구제신청에 대한 구제이익의 범위를 점차 정상화시켜가고 있다는 생각이 든다. 앞서 예를 든 금전보상명령의 독

-
- 2) 검토대상판결에서 법원은 사용자가 근로자의 진정을 취하시킬 목적으로 지급한 금품을 해고예고수당이라고 보고 있는데, 이는 근로자가 취하이유서에 적은 사유(해고예고수당 받음)에 기초한 것으로 볼 수 있다. 그런데 중노위는 이 사건에 대하여 근로자가 출근명령에 응하지 않고 출근하지 않은 것, 다른 회사에 취업한 것, 고용보험 피보험자격 상실 일자의 조정을 요구한 것에 더해 근로자가 ‘퇴직위로금’을 사용자로부터 받은 것을 이유로 이 사건에서는 “당사자 간 합의에 의해 근로관계가 종료되어 해고는 존재하지 않는다.”고 하였다. 즉 사용자가 근로자에게 지급한 금품을 해고예고수당이 아닌 퇴직위로금이라고 본 것인데, 사실관계에서 드러나듯 사용자가 지급한 형식상 퇴직위로금은 근로자의 해고예고수당청구를 위한 진정을 취하시키기 위한 목적이었던바, 이는 합의금이 아닌 해고예고수당이었다. 중노위는 사용자가 지급한 금품의 성질을 오독하는 오류를 범하였던 것으로 보인다.

립적 구제이익의 인정이라든가, 이에 따라 기간을 정한 근로계약을 체결한 근로자라도 기간 종료 후 부당해고구제신청을 할 수 있다고 본 것이라든가, 지금의 검토대상판결에서와 같이 기존의 사례들에 기초한다면 아마도 해고가 존재하지 않았을 것이라고 판단하게 만들었을 사정들을 근로자 편에서 적극적으로 해석함으로써 구제이익을 인정하는 것 등으로 말이다. 구제이익에 대한 해석에 있어서 노동분쟁해결전문기구인 노동위원회의 해석이 법원에 의해 이끌려지고 있다고 느껴지는 점은 다소 유감스럽다. 노동위원회가 부당해고구제신청에 있어서 구제이익에 대한 접근을 어떻게 해 나갈 것인지는 앞으로 노동위원회에 맡겨진 과제이다.

박은정(인제대학교 법학과 교수)

노동조합

산별노조 간부의 사업장 출입 권한

- 대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결 -

【판결요지】

산별노조 간부가 「산업안전보건법」 위반 사실의 증거수집 등을 목적으로 소속 지회 사업장에 들어가 조합활동을 한 것에 대해, 그로 말미암아 기업운영이나 업무수행, 시설관리 등에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없어 정당행위로 보아 무죄로 판단한 사례이다.

대상판결은 산별노조인 금속노조의 간부가 조합원의 사업장인 유성기업에 출입하여 현장순회를 한 행위가 공동주거침입죄(폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반)로 처벌받아야 하는지를 다룬 형사 판결이다. 간부 2명은 유성기업의 근로자가 아니므로, 회사의 승낙을 받지 않고 함부로 사업장에 들어갔으니, 외견상으로는 주거침입죄가 될 수 있다. 그러나 “노동조합의 조합활동은 근로자가 가지는 결사의 자유 내지 노동3권에 바탕을 둔 것으로서 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노동조합법) 제1조의 목적을 달성하기 위하여 정당한 행위에 대하여는 민·형사상 면책이 된다(노동조합법 제4조, 형법 제20조).”(대상판결문 인용) 결국 출입 행위가 정당한 조합활동 행위인지를 살펴보아야 한다.

노동조합의 활동이 정당한지의 판단 기준은 판례가 해석론을 제시해 왔다. 즉 “첫째, 주체의 측면에서 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 것이어야

하고, 둘째, 목적의 측면에서 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 셋째, 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 외에 행하여져야 하고, 넷째, 수단·방법의 측면에서 사업장 내 조합활동에서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결 등 참조).”(대상판결문 인용) 이러한 판례 법리는 이미 널리 인정되고 있다.

금속노조는 산별노조이므로 간부의 사업장 출입 행위도 주체의 측면에서는 성질상 조합활동이어서 정당한 조합활동이 된다. 조합원이 근무하는 사업장의 안전을 관찰하기 위한 순회방문이므로 목적의 측면에서도 정당한 조합활동이 된다. 문제는 시기·수단·방법의 측면에서도 정당한지이다. 즉 산별노조 간부이면 무조건 정당한 조합활동으로 조합원의 사업장을 출입할 수 있는 것이 아니다. 여러 점들을 고려하여 정당한 조합활동으로 인정되어야 가능하다. 그러나 반대로 산별노조 간부이면 조합활동을 이유로라도 사업장을 출입할 수 없고 사용자의 승낙이 있어야 가능하다는 것도 아니다.

위에서 서술한 정당한 조합활동의 요건에 관한 판례 법리 중에서 시기·수단·방법 등에 관한 요건은 지나치게 사용자 측의 이해관계를 고려한 듯이 보인다. 그러나 한편으로 판례는 조합활동의 필요성과 긴급성 등 여러 요소를 아울러 고려하여 시기·수단·방법 등에 관한 요건을 해석해 왔다. 대상판결은 이러한 점을 잘 정리하여 새로이 판례의 문장을 만들었다는 점에서 의의가 있다. 즉 “시기·수단·방법 등에 관한 요건은 조합활동과 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등이 충돌할 경우에 그 정당성을 어떠한 기준으로 정할 것인지 하는 문제이므로, 위 요건을 갖추었는지 여부를 판단할 때에는 조합활동의 필요성과 긴급성, 조합활동으로 행해진 개별 행위의 경위와 구체적 태양, 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등의 침해 여부와 정도, 그 밖에 근로관계의 여러 사정을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다(대법원 1994. 2. 22. 선고 93도 613 판결, 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누5496 판결, 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다44422 판결 등 참조).”는 판례 법리를 정리하였다. 이러한 판례 법리가

앞으로 후속 판결들에서 인용되고 적용되어 올바른 판례 법리로 정착될 수 있기를 기대한다.

대상판결은 이 사건에서 원심 판결이 무죄라고 판단한 것이 타당하다고 판결하였다. 피고인들은 금속노조 소속 간부들로서 유성기업의 산업안전보건법 위반 사실의 증거수집 등을 할 목적으로 회사 영동공장 내 생산1공장(이하, 이 사건 공장)에 들어간 것이고, 그 이전에도 금속노조 대전충북지부 소속 간부들이 같은 목적으로 이 사건 공장을 방문하여 관리자 측의 별다른 제지 없이 현장순회를 해왔다. 피고인들은 이 사건 공장의 시설이나 설비를 작동시키지 않은 채 단지 그 상태를 눈으로 살펴보았을 뿐으로 그 시간도 30분 내지 40분 정도에 그쳤다. 피고인들이 이러한 현장순회 과정에서 회사 측을 폭행·협박하거나 강제적인 물리력을 행사한 바 없고, 근무 중인 근로자들의 업무를 방해하거나 소란을 피운 사실도 없었다. 시기·수단·방법 등에 관한 요건을 갖추었는지를, 이러한 여러 사정들을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여서, 결국 정당한 조합활동에 해당한다고 결론지었다.

대상판결과 달리 하급심인 원심 판결(청주지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016노1005 판결)과 1심 판결(청주지방법원 영동지원 2016. 8. 12. 선고 2015고단231 판결)은 산별노조 조합간부가 사업장에 출입하는 것이 단체협약에 근거하여 정당한지를 기준으로 판단하려 하였다. ① 별개의 기업별 노조는 자주성·독립성이 없어 노조설립이 무효이므로, 그 노조가 체결한 단체협약은 무효이고, ② 금속노조 영동지회가 체결했던 이전 단체협약을 해석해보면 간부의 출입 권한이 인정된다고 판단했다. 별개의 기업별 노조가 설립이 무효가 되는지의 판단은 쉽지 않다. 또한 별개의 기업별 노조가 체결한 단체협약의 내용을 보더라도 쟁의행위기간에 그 회사의 종업원이 조합원이 출입할 수 있다고만 규정하고 있어, 반대로 종업원이 아닌 다른 노조의 조합원은 출입할 수 없다고 해석될 수 있는지도 명확하지 않다. 대상판결은 이 사건의 특수한 사정에 천착하기보다는 일반적인 판단 법리를 적용하였다는 점에서도 다른 노사관계에 시사점이 크다.

물론 단체협약에 산별노조의 간부가 사업장에 출입하는 경우 사용자로부터 승낙을 받아야 가능하다는 규정이 있거나, 반대로 산별노조의 간부가 사업장에 출입하려는 경우 사용자로부터의 승낙 없이 가능하다는 규정이 있다

면, 그러한 단체협약에 따라 사업장의 출입 권한의 인정 여부가 결정된다.

대상판결은 단체협약상의 명백하게 출입 권한을 규정하고 있지 않더라도 산별노조 간부의 사업장 출입은 주체와 목적의 측면에서 정당할 수 있다는 점을 밝혔다는 점에서 의미가 있다. 즉 단체협약에서 명백하게 제한하지 않는 한, 원칙적으로 산별노조의 간부에게도 정당한 조합활동을 위한 출입 권한이 인정되는 것이다. 정당한 조합활동인지는 사업장에서의 행위가 목적뿐만 아니라 시기·수단·방법 등에 관한 요건을 갖추어야 한다. 노조의 조합활동권과 사용자의 노무지휘권·시설관리권을 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하게 되므로, 산별노조 간부가 사업장에서 하는 조합활동은 사용자의 권한들을 존중하고 배려하여야 한다. 마찬가지로 사용자도 산별노조 간부가 사업장에 출입하여 하려는 조합활동권을 존중하고 배려하여야 한다.

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

전교조에 대한 법외노조 통보는 위법하다

- 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결 -

【판결요지】

이 사건 시행령 조항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 「헌법」(이하, 헌법)이 보장하는 노동 3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 반한다. 피고(고용노동부장관)는 이 사건 시행령 조항이 유효함을 전제로 이에 근거하여 이 사건 법외노조 통보를 하였다. 이 사건 시행령 조항은 헌법상 법률유보원칙에 위반되어 그 자체로 무효이다. 따라서 이 사건 시행령 조항에 기초한 이 사건 법외노조 통보는 그 법적 근거를 상실하여 위법하다고 보아야 한다.

1989. 5. 28. 전국 교사들이 결성한 전국교직원노동조합(전교조)은 정부와 긴장 관계의 연속이었다. 우여곡절을 거쳐 1999. 1. 29. 제정된 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하, 교원노조법)에 근거하여 전교조는 ‘부당해고된 교원은 조합원이 될 수 있다.’는 취지의 내용을 정한 규약을 첨부하여 1999. 7. 1. 설립신고서를 제출하였고, 설립증을 교부받아 노동조합의 법적 지위를 획득하였다.

법외노조 통보에 관한 법규정을 살펴보면, 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노조법)은 ‘근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 아니한다.’고 규정하고 있다(제2조 제4호 라.목). 이러한 경우 행정관청으로 하여금 ‘시정을 요구하되, 시정되지 않는 경우 노동조합법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다.’고 같은 법 시행령에서 규정하고 있다(제9조 ②). 전교조를 직접 규율하는 교원노조법 및 시행령에서 위 노동조합법과 시행령 조항이 교원노동조합에도 원칙적으로 적용된다고 규정하고 있다.

노조법은 1953년 제정 당시 노동조합 해산명령제도를 두었고(노동조합이 법령에 위반하거나 또는 공익을 해하였을 경우에는 행정관청은 노동위원회

의 결의를 얻어 해산을 명할 수 있다),¹⁾ 이미 적법하게 설립되어 활동 중인 노동조합을 행정관청이 임의로 해산시킬 수 있도록 하는 것은 근로자의 단결권과 노동조합의 자주성을 침해한다는 이유로 1987. 11. 28.(법률 제3966호) 폐지될 때까지 유지되었다. 폐지 후 약 5개월 만인 1988. 4. 15. 법정요건을 결여한 노동조합이 존립할 수 없도록 한다는 이유에서 구 노조법 시행령에 ‘범외노조 통보 제도’가 새로이 도입되었다. 이러한 범외노조 통보 제도는 행정관청이 결격사유가 있는 노동조합에게 범외노조 통보를 함으로써 법상 노동조합으로서의 지위를 박탈할 수 있도록 한다는 점에서 사실상 노동조합 해산명령제도와 동일함에도 불구하고, 오히려 구법과 달리 노동위원회 의결 절차조차 두지 않음으로써 행정관청의 자의적 결정에 의한다는 비판이 제기되었다.

고용노동부의 범외노조 통보는 전교조 규약(부칙 제5조. 부당해고된 조합원에 대한 조합원 가입 허용 및 유지)과 실제로 해직교원 9명이 조합원으로 활동하고 있는 것에 대한 시정명령을 시작으로 법적 분쟁이 시작되었다. 2010. 3. 31. 고용노동부는 전교조 규약 중 ‘교원의 신분을 상실하여 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하지 않은 경우는 물론이고 중앙노동위원회 재심판정 이후 해고 관련 소송 진행 중에도 조합원 자격이 유지된다고 규정하고 있는 등으로 교원노조법 제2조에 위배된다.’고 하면서 ‘교원 신분을 상실한 사람에게 조합원 자격을 인정하고 있는 규약을 시정하라.’고 시정명령을 발하였다. 전교조는 시정명령 취소 소송을 제기하였으나 대법원에서 심리불속행으로 기각되어 시정명령이 확정되었다.

고용노동부는 2013. 9. 23. 해직교원에 대하여 조합원 자격을 부여하는 규약의 시정과 9명의 해직자는 교원노조법 제2조에 의한 조합원 자격이 없는 자에 해당하므로 조합에 가입·활동하지 않도록 조치하기 바란다는 내용의 시정을 요구하였다. 전교조는 위 시정요구가 노동조합의 단결권 등 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법재판소에 대하여 교원노조법 제2조의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다. 고용노동부는 시정기한까지 시정요구를 이행하지 않았음을 이유로 2013. 10. 24. 전교조에 대하여 ‘교원노

1) 노동조합 설립 당시 근로자 아닌 자가 참여한 사실이 있는 경우, 그 노동조합이 그들의 가입을 허용한 것이라면 이는 노동조합법 소정의 노동조합이라고 할 수 없는 것이다(대법원 1969. 5. 13. 선고 68누163 판결).

조법에 의한 노동조합으로 보지 아니한다.’고 통보하였다. 전교조는 고용노동부의 법외노조 통보가 위법하다고 주장하면서 행정소송을 제기하였고, 1심(서울행판 2014. 6. 19, 2013구합26309) 및 2심(서울고판 2016. 1. 21, 2014누54228) 모두 법외노조 통보는 적법하다고 판단하였다.

대상판결에서 다수의견(8명)은 ① 법외노조 통보는 이미 법률에 의하여 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 형성적 행정처분이고, ② 이러한 법외노조 통보는 단순히 노동조합에 대한 법률상 보호만을 제거하는 것에 그치지 않고 헌법상 노동3권을 실질적으로 제약하는데, ③ 노동조합법은 법상 설립요건을 갖추지 못한 단체의 노동조합 설립신청서를 반려하도록 규정하면서도, 그보다 더 침익적인 설립 후 활동 중인 노동조합에 대한 법외노조 통보에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, ④ 이를 시행령에 위임하는 명문의 규정도 두고 있지 않으며, 더욱이 법외노조 통보 제도는 입법자가 반성적 고려에서 폐지한 노동조합 해산명령제도와 실질적으로 다를 바 없다는 이유로, ⑤ 이 사건 시행령 법외노조 통보 조항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 위반하여 무효라고 보아, ⑥ 이 사건 시행령 조항이 유효함을 전제로 이에 근거한 법외노조 통보는 위법하다고 판단하였다.²⁾ 다수의견에 따르면 법외노조 통보가 모법에 규정되어 있고, 모법에 근거하여 고용노동부 장관이 법외노조 통보를 하였다면 적법하다고 볼 수 있다는 해석이 가능하다. 그렇다면 노조법을 개정하여 법외노조 통보에 관한 조항을 시행령이 아닌 모법에서 규정하면 전교조는 또다시 법외노조 통보를 받을 수 있다. 이와 같은 다수의견의 판단구조를 비판하는 별개의견은 법외노조 통보 조항을 법률로 두더라도

2) 다수의견에 대하여 (1) 원고에 대한 법외노조 ‘통보’의 당부를 판단하기에 앞서 원고를 ‘법외노조’로 보는 것에 잘못이 있다는 대법관 김재형의 별개의견, (2) 이 사건 법외노조 통보가 위법한 것은 이 사건 시행령 조항이 무효이기 때문이 아니라 원고의 위법사항에 비하여 과도한 것이기 때문이라는 대법관 안철상의 별개의견, (3) 이 사건 법령의 규정은 매우 일의적이고 명확하므로 다른 해석의 여지는 없고, 따라서 이러한 법령의 규정에 따른 이 사건 법외노조 통보는 적법하다는 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견이 있고, (4) 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 김상환, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

행정관청에 의한 법외노조 통보 자체가 가지는 실질적 위헌성 문제는 고스란히 남아 있다고 상세하게 실시하고 있다. 법외노조 통보의 위헌성을 실시한 별개의건과 노동조합 해산명령제도를 폐지한 이유를 상기하면 대상판결로 효력을 상실한 이 사건 시행령의 법외노조 통보 조항을 모법에 두는 개정을 생각할 수 없으니 기우일 것이다. 근로자는 온전하게 노동조합에 가입하고 활동할 권리를 가지며, 누구를 조합원으로 할지는 조합원의 민주적 총의에 따른다는 원칙이 확인되기까지 오랜 시간이 걸렸다.

노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

“법원은 법률이 아닌 법을 선언해야 한다”

- 전교조 사건 대법원 전원합의체 판결에 대한 사실(僅說) -

- 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결 -

【판결요지】

[다수의견] 법외노조 통보는 단결권에 심각한 영향을 초래하고 근로자의 권리의무관계에 실질적인 변동을 초래하므로 형성적 행정처분에 해당한다. 그러므로 법률적 근거가 필요하다. 시행령 조항은 법률유보 위반으로 무효이다. 따라서 법외노조 통보도 법률적 근거가 없어 무효이다.

[별개의견(안철상)] 시행령 조항은 법률유보 위반이 아니다. 교원 아닌 자의 가입으로 인해 이미 교원노조는 법상의 자격을 상실하는 법적 효과가 발생했고, 법외노조 통보는 법률관계의 안정성을 위하여 그 사실을 확인하고 통보하는 절차에 불과하다. 다만 법외노조 통보는 노동조합 설립 신고 수리라는 수익적 행정처분을 취소하는 것에 해당하기 때문에 당사자의 기득권과 공익의 필요성을 비교형량해야 하는데, 이 사건 법외노조 통보는 그 비례성을 상실했기 때문에 무효이다.

[별개의견(김재형)] 시행령 조항은 법률유보 위반이 아니며, 법외노조 통보는 단순한 사실의 확인 및 통보에 해당한다. 이 점에서는 별개의견(안철상)과 같다. 그러나 법외노조 통보는 수익적 행정처분을 취소하는 것이 아니다. 시행령은 행정관청에 재량을 부여하지 않기 때문이다. 소극적 요건에 해당하면 행정관청은 법외노조 통보를 하는 것 외에 다른 선택지가 없다. 문제는 이 사건 교원노조의 규약이 소극적 요건에 해당하지 않는데 법외노조 통보를 했다는 점이다. 그래서 무효인 것이다. 왜 소극적 요건에 해당하지 않는다는 것인가? “가입”이란 교원 아닌 자의 신규가입을 의미할 뿐, 기준에 조합원이었던 교원이 해직된 뒤에 계속해서 조합원 자격을 “유지”하는 것까지 포함하는 의미로 해석될 수는 없다. 그러한 해석은 단결권을 지나치게 제한하는 것이다.

1. 서론

다수의견은 노동삼권의 법적 성격과 관련하여 중요하고 의미있는 법리를

제시했다. 별개의견(안철상)은 정의 규정의 의미를 오해했다. 이 점은 별개의견(김재형)도 마찬가지이다. 다만 별개의견(김재형)은 가입과 유지를 구별하는 참신하고 의미있는 해석론을 보여주었다. 몇 가지 논점을 보충 검토한다.

2. 노동조합 정의 규정의 의미

다수의견에 의하면 “이 사건 법률 규정의 ‘노동조합으로 보지 아니한다.’는 규정은 그 자체로 법률효과를 가지는 것이 아니라 「노동조합법」(이하, 노동조합법)에 의한 노동조합인지에 관한 판단기준을 밝히고 있을 뿐이다.” 반면에 별개의견과 반대의견은 “노동조합으로 보지 아니한다.”라는 구절에 주목하여 이를 법률효과를 발생시키는 간주규정으로 이해하고, 범외노조 통보는 이미 법률의 차원에서 효과가 발생한 사실에 대한 단순한 확인 및 통보 또는 법률상 요건의 흠결에 의한 수익적 행정처분의 철회에 불과하기 때문에 법률의 명시적인 위임을 요하지 않는다고 해석한다.

그러나 “노동조합으로 보지 아니한다.”라는 규정의 의미는, 소극적 요건에 해당하는 근로자단체가 사용자에 대하여 단체교섭 등을 요구하는 경우에 사용자는 그 단체의 자격에 이의를 제기할 수 있으며 최종적으로 법원에서 그 적격성을 (유리한 방향에서) 다룰 수 있다는 의미이지(그런 의미에서 법원의 판단기준으로 작용한다), 행정관청의 개입을 보장하는 의미가 아니다. 행정관청에 그러한 개입 권한을 허용하지 않는다는 것이 「헌법」(이하, 헌법) 제33조의 취지이다.

3. 노동삼권의 법적 성격

다수의견에 의하면, 헌법 제33조의 노동삼권은 “자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.” 일응 맞는 말이지만, 노동삼권의 성격을 밝히기에는 충분하지 않다. 중요한 질문은 이것이다. 어떤 자유권인가? 고전적인 의미에서의 개별적 자유권인가? 아니다. 헌법 제33조가 보장하고자 하는 것은 개인으로서의 근로자가 개별적 차원에서 행동할 수 있는 권리 혹은 자유가

아니다.

노동삼권은 개인으로서의 근로자들이 단체를 조직하고 단체로 교섭하고 단체로 행동할 수 있는 권리 혹은 자유를 의미한다. 즉 노동삼권은 집단적으로 행사되는 개별적 권리이다. 권리의 주체는 개인이지만 권리의 행사 방식은 집단적이다. 여기에 현대적 기본권으로서의 노동삼권이 갖는 의미가 있다. 노동삼권은 고전적 자유권의 법리적 근거로서의 개인과 현대적 사회권의 법리적 근거로서의 집단이 변증법적으로 통일되는 권리 개념이며, 그런 점에서 “집단적 자유권”이라고 할 수 있다.

이렇게 노동삼권을 자유권으로 해석하면, 노동삼권의 구체적 권리성을 인정하는 것은 논리적으로 쉽게 도출된다. 다수의견에 의하면 “노동삼권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 범규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다.” 그렇다면 이제 “노동삼권의 보호 필요성”(판례) 같은 개념은 폐기될 수밖에 없지 않을까? 이제 헌법적 차원에서 노동삼권의 구체적 권리성을 설명할 수 있는 해석론이 전개되어야 할 것이다. 그것은 노동조합법에 대한 해석론으로 환원될 수 없다.

노동삼권의 구체적 권리성은 단결권에만 한정되는 것이 아니다. 가령 헌법상의 구체적 권리로서의 단체행동권의 개념, 요건, 효과 등이 독자적 해석론으로 정립되어야 한다. 경영 사항이나 정부 정책에 대항하는 단체행동을 할 수 있는지, 사전 조정 절차를 거치지 않고도 단체행동을 할 수 있는지, 노동조합을 설립하지 않고도 단체행동을 할 수 있는지 등이 규명되어야 한다. 그것이 가능하다면 노동조합법상의 쟁의행위 관련 조항들과의 정합성은 어떻게 가능한지 해명되어야 한다.

단체교섭권에 대해서도 마찬가지다. 단체교섭권이 구체적 권리성을 갖는다면, 노동조합법의 관련 규정과 무관하게 근로자들은 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있고, 단체협약을 체결할 수 있다. 사용자의 교섭거부나 교섭결렬에 대해서는 노동조합법의 규정들과 무관하게 근로자들은 단체행동을 통해서 교섭의 돌파구를 마련할 수 있다. 그렇다면 현행 노동조합법상의 창구단일화제도는 위헌의 의심을 벗어나기 어렵지 않을까? 또 그렇게 체결된 단체협약의 법적 효력은 어떻게 되는 것일까?

헌법학에서 예를 들어 표현의 자유 혹은 결사의 자유에 대해서 개별 법률

규정들과 무관하게 독자적인 해석론이 전개되고, 그 해석론에 비추어 입법적 개입의 타당성과 한계를 논하듯이, 노동법학에서도 노동삼권의 구체적 권리성을 뒷받침하는 해석론이 정립되어야 할 것이다. 다시 말하지만 구체적 권리성은 단결권에만 해당하는 것이 아니다. 단체교섭권과 단체행동권도 구체적 권리성을 갖는다.

4. 제2조 단서의 의미

「교원노조법」(이하, 교원노조법) 제2조 단서를 문언대로 해석하면, 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 사람은 중노위 재심판정 때까지 교원 신분을 유지하지만, 노동위원회를 거치지 않고 곧바로 법원에 소송을 제기하는 등 다른 경로로 해직 처분의 부당성을 다투는 사람은 해직 즉시 교원 신분을 상실한다는 의미로 읽힌다. 그렇다면 양자를 차별하는 것이니까 무효라고 해야 하지 않을까? 무효가 되지 않게 해석하려면 어떻게 해석해야 하나?

첫째, 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하지 않은 사람도 일정한 순간까지는, 가령 법원의 판결이 확정되는 시점까지는 교원 신분을 유지한다고 해석하는 방법이 있다. 그러나 이런 해석론은 노동조합법이 개정된 연혁을 고려할 때 채택하기 어려울 것이다. 뿐만 아니라 대법원 확정판결까지 걸리는 시간을 고려할 때 거꾸로 노동위원회에 구제신청을 한 사람을 역차별하는 결과가 될 수 있다.

둘째, 단서는 기업별 노동조합에만 적용되고 초기업별 노동조합에는 적용되지 않는다고 축소해석하는 것이다. 그러나 이러한 해석은 노동조합법에 대해서는 가능할지 몰라도 교원노조법에서는 어렵다. 교원노조법상 교원노조는 (대학교수노조를 제외하면) 초기업(초학교) 수준에서만 설립해야 하는데, 그럼에도 불구하고 단서 규정이 존재하기 때문이다. 교원노조법에서도 축소해석을 적용한다면 단서는 개별 대학교 차원에서 설립된 대학교수노조에만 적용된다는 의미가 된다. 이것은 지나치게 작위적이다.

셋째, 사용자의 부당노동행위로 인한 단결권 침해를 방지하기 위하여 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 경우만 특별히 보호하려는 취지로

단서를 해석하는 것이다. 이에 따르면 법원에 부당해고의 무효를 다투는 민사소송을 제기하는 경우에는 부당노동행위로부터 단결권을 보호하려는 단서의 취지에서 벗어나는 것이므로 양자를 다르게 취급하는 것은 차별이 아닐 것이다. 그러나 부당노동행위에 의한 해고의 무효를 다투는 방법이 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하는 방법밖에 없는 것은 아니다. 법원에 해고의 무효를 주장하면서 그것이 부당노동행위에 의한 것이라고 주장할 수 있다. 후자의 경우를 단결권의 보호 범위에서 제외할 이유는 없다.

어떤 해석론을 선택하더라도 단서를 합리적으로 해석할 수 있는 방법은 없다. 무엇보다도 단서에 의하면, 중노위 재입에서 사용자가 이겼을 경우에는 해직자의 조합원 자격 유지를 이유로 노동조합의 적격성에 시비를 거는 것이 가능하기 때문에, 해직교원이 나중에 행정소송을 통하여 승소하더라도 그 사이에 단결권이 침해되는 사태를 방지할 수 없을 뿐만 아니라 오히려 조장한다는 문제점이 있다. 이상의 검토를 통해서 볼 때, 단서를 무효로 해석하지 않을 수 없다.

만약 단서가 무효라면 나머지 규정은 어떻게 해석되어야 할까? 교원노조법에서 말하는 교원은 공법상 또는 사법상 법률관계의 존재에 따른 현재적 지위를 의미하는 것이 아니다. 사회학적으로 확인되는 사회적 신분 또는 직업적 정체성을 의미하는 것이다. 그러므로 현직 교원만 교원인 것이 아니다. 예비교원, 현직교원, 퇴직교원 등이 모두 교원에 해당한다. 그 가운데 어디부터 어디까지를 노동조합 가입 범위로 할 것인가는 노동조합이 규약으로 스스로 정할 문제이다.

5. 법률과 법

별개의견(김재형)은 “법원은 법률이 아닌 법을 선언해야 한다.”라고 말했고, 별개의견(안철상)은 “원고는 법률이 아닌 법을 주장하고 있는 것이다.”라고 했다. 짧은 구절이지만 가히 법철학 책 한 권을 쓸 수 있을 만큼 풍부하고 중요한 법학적 쟁점을 내포하고 있다. 이미 몽테스키외는 『법의 정신』에서 법관의 역할을 이렇게 정의한 바 있지 않은가. “법관은 법률의 말씀을 선포하는 입에 불과하며, 힘도 엄격함도 절제할 수 없는 존재, 생기 없는 존재

일 뿐이다.”¹⁾

법률과 법은 어떻게 다른가? “법률”은 실정법을 의미하고 “법”은 자연법을 의미하는 것일까? 그렇다면 여기에 이미 그리스의 비극 작가 소포클레스의 안티고네가 크레톤에 맞서서 제기했던 질문이 담겨 있다. 인간이 만든 법률이 존중해야 하는 상위의 법이 존재하지 않을까 하는. 비록 문자로 쓰여 있지 않더라도 로마의 법학자 키케로는 그 점에서 그리스인과 로마인이 다르지 않다고 설파한다. “저 사람들은 법률에 공정의 힘을 부여하고 우리는 선택의 힘을 강조하는 것인데, 실은 둘 다 법률의 고유한 특성이기도 하지. 무릇 법률이란 자연본성의 위력이고, 현명한 인간의 지성이자 이성이며, 정의와 불의의 척도네. 우리는 법이 성립하는 출처를 저 최고법에서 포착해야 할 것이니, 최고법은 여하한 성문법도 생기기 이전에, 심지어 어떤 도시국가도 성립되기 이전에 아주 오랜 세월 전에 먼저 생겨났네.”²⁾

그러나 더 이상 신을 호명하지 않는 세상에서 그 최고법은 어디에서 찾을 수 있을까?

법실증주의는 “근본규범”(켈젠)을 제시할 것이다. 그러나 근본규범(Grundnorm)의 근거(Grund)는 어디에 있는가? 어디에도 없다. 독일어 그룬트(Grund)는 대지, 근거, 이성을 의미하는 말이다. 대지는 장소이며, 장소는 근거이며, 이유이며, 준거이다. 근거 없이 존재하는 것은 아무 것도 없다. 존재를 떠받치는 근거가 없으면 존재는 하나의 동일성으로서 존재할 수 없기 때문이다. 이것을 근거율이라고 한다. 그러나 이 근거율 자체에는 근거가 없다. 근거율은 다른 근거에 의하여 논증되는 것이 아니라 자명한 것이다. 그런 점에서 근거율은 도그마(dogma)이다. 즉 “법률적이고 명예로운 진리 그 자체” 또는 “그렇게 말해져야 하기 때문에 그렇게 말해진 것”(르장드르)이다. 근본규범은 그런 것이다. 법실증주의가 피해갈 수 없는 함정이 여기에 있다.

반면에 자연법은 애매한 개념이다. 그것은 “자연”으로 번역되는 “Nature”가 “본성”을 의미하기도 하기 때문이다. 원래 동양고전에서 쓰는 “自然”이라는 말은 영어의 “Spontaneity”와 의미가 비슷하다. 그런데 “Spontaneous Law”라는 것은 “Natural Law”와 거의 정반대의 의미를 갖는다. 자연법은 인간세

1) Montesquieu, 『De l'Esprit des Lois』, Livre XI, Chapitre VI, Edition Garnier, 1973, p. 176.

2) 키케로, 『법률론』, 1.6.19., 한길사, 2007, p.71.

상을 초월하는 우주의 질서인가? 아니면 인간의 본성인가? 중세 자연법 이론을 집대성한 토마스 아퀴나스에 따르면, 자연법이란 인간에게만 적용되는 법이며 인간의 본성에 내재하는 법이다. 하지만 그 인간의 본성이란 신의 선한 의지에 따라 창조된 것이다. 아퀴나스의 신학적 자연법 개념에서 신의 자취를 지우면 근대적 자연법 이론이 된다. 그로티우스는 (네덜란드 동인도회사의 식민정책을 자연권으로 옹호하기 위해서 집필한) 『전쟁과 평화의 법』에서 “신이 존재하지 않는다면 혹은 인간의 일은 신의 소관이 아니라면”이라는 조건문을 제시한 후 신이 없는 세상에서 법의 근거를 세우려고 했다. 비코(Giambattista Vico, 이탈리아, 1668-1744)가 “자연법의 3대 제왕”이라고 일컬었던 그로티우스(Hugo Grotius, 네덜란드, 1583-1645)와 셀든(John Selden, 영국, 1584-1654)과 푸펜도르프(Samuel von Pufendorf, 독일, 1632-1694)가 모두 개신교의 나라에서 배출된 것은 우연이 아니며, 자연법이란 무엇인가에 대하여 어떤 생각을 갖게 만들기에 충분하다.

신은 없어도 된다. 그러나 절대적 근거 혹은 정초적 준거는 없으면 안 된다. 그것이 제국이든, 공화국이든, 입법자로서의 신이든, 국민국가이든, 혹은 누군가의 경우처럼 주식회사이든. 주권적 담론에서 언제나 문제되는 것은 바로 이 주권적 담론을 정초하는 준거에 관한 질문이다. 그로티우스의 불경스러운 가설이 역설적으로 드러내는 사실이 바로 이것이다. 서양인이, 그리고 서양인의 형상으로 창조된 현대의 한국인이 “법/Law/Droit”이라고 부르는 것은 로마법과 교회법의 이종교배가 낳은 산물이다. 로마법으로부터는 기예적 법 개념을 물려 받았고(키케로가 로마인은 법에서 선택의 힘을 강조한다고 말할 때 의미하는 바가 이것이다), 교회법으로부터는 정초적 준거 개념을 물려 받았다. 법은 정초적 준거를 무대 위에 연출함으로써 발생하는 규범적 효과들의 총체이다. 무엇으로 연출하는가? 말하는 동물인 인간에게 그것은 언어일 수밖에 없다. 어떤 사회에서 정의가 얼마나 실현되는가는 어떤 마술적 권력에서 나오는 것이 아니라, 그 사회가 담론들의 자리를 어떻게 배치하는가 여부에 달려 있다. 국가는 근거를 보증하는 담론의 종교적 혹은 신화적 공간을 차지한다. 이 근거 없이는 법을 생각할 수 없다. 요컨대 법이라는 개념의 핵심에는 종교적인 것이 있으며(켈젠의 법실증주의도 세속적 자연법론도 이 문제를 피할 수 없다), 종교적인 것의 핵심은 인간 이성의 문제이다. 오늘날 이 정초적 준거의 자리를 매니지먼트나 사이언스로 대체하려는 시도

들이 난무하고 있다. “전문가주의로 질식되고 신적 준거를 자처하는 사이언스의 이름으로 행해지는 원리주의적 담론에 사로잡힌 오늘날의 법문화는 이성의 근거, 언제 어디에서나 상징적 근거일 수밖에 없는 이 이성의 근거에 관한 질문을 던져야 한다.”³⁾

너무 나간 것 같다. “법원은 법률이 아닌 법을 선언해야 한다.” 쉽게 넘겨들을 말이 아니라는 얘기를 하고 싶었을 뿐이다. 어쨌거나 이번 대법원 전원합의체 판결은 많은 것을 생각하게 한다. 실천적으로나 이론적으로나.

박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

3) Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999, p. 205-206.

절차적 공정대표의무 위반의 판단기준

- 대법원 2020. 10. 29. 선고 2017다263192 판결 -

【판결요지】

1. 교섭대표노동조합이 단체교섭 과정에서 소수노동조합을 동등하게 취급하고 공정대표의무를 절차적으로 적정하게 이행하기 위해서는 기본적으로 단체교섭 및 단체협약 체결에 관한 정보를 소수노동조합에 적절히 제공하며 그 의견을 수렴하여야 한다. 다만 단체교섭 과정의 동적인 성격 및 실제 현실 속에서 구현되는 모습, 「노동조합법」에 따라 인정되는 대표권에 기초하여 교섭대표노동조합 대표자가 단체교섭 과정에서 어느 정도의 재량권 등을 가지는 점 등을 고려하면, 교섭대표노동조합의 소수노동조합에 대한 이러한 정보제공 및 의견수렴의무는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 그러므로 교섭대표노동조합이 단체교섭과정의 모든 단계에 있어서 소수노동조합에 일체의 정보를 제공하거나 그 의견을 수렴하는 절차를 완벽하게 거치지 아니하였다고 하여 곧바로 공정대표의무를 위반하였다고 단정할 것은 아니고, 이때 절차적 공정대표의무를 위반한 것으로 보기 위해서는 단체교섭의 전 과정을 전체적·종합적으로 고찰하여 기본적으로 중요한 사항에 관한 정보제공 및 의견수렴 절차를 누락하거나 충분히 거치지 아니한 경우 등과 같이 교섭대표노동조합이 가지는 재량권을 일탈·남용함으로써 소수노동조합을 합리적 이유 없이 차별하였다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다.

2. 한편 교섭대표노동조합이 사용자와 단체교섭 과정에서 마련한 단체협약잠정합의안에 대하여 자신의 조합원 총회 또는 총회에 갈음할 대의원회의 찬반투표 절차를 거치는 경우, 소수노동조합의 조합원들에게 동등하게 그 절차에 참여할 기회를 부여하지 않거나 잠정합의안에 대한 가결 여부를 정하는 과정에서 그들의 찬반의사를 고려 또는 채택하지 않았더라도 그것만으로는 절차적 공정대표의무를 위반하였다고 단정할 수 없다.

1. 사건 개요

피고들은 주식회사 ◇◇ 등 각 사업장에 설립된 기업별 노동조합이다. 원고는 금속 관련 산업 근로자를 조직대상으로 하여 설립된 전국단위 산업별 노동조합이다. 원고는 산하에 지부와 지회를 두고 있는데, 위 사업장에 각각 원고 지회를 두고 있다. 원래 위 사업장에는 원고 지회만이 조합활동을 하였지만, 복수노조 허용 이후 원고 지회에서 탈퇴한 조합원 등이 피고들을 설립하였고, 피고들이 다수노동조합이 되었다. 원고 지회와 피고들은 각각 사용자에게 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구하였고, 「노동조합 및 노동관계 조정법」(이하, 노조법)에 따라 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 피고들이 교섭대표노동조합이 되었다. 피고들은 사용자와 2014년 단체협약을 체결하였는데, 그 단체협약은 소수노동조합인 원고 지회에도 효력을 미쳤다.

이에 원고는, 원고 지회는 교섭창구 단일화 절차를 통해 교섭대표노동조합인 피고들에게 교섭에 관한 사무를 위임하였으므로, 2014년 단체협약 체결 사무와 관련하여 피고들은 원고 또는 원고 지회를 위하여 「민법」(이하, 민법) 제681조 등에 따라 선량한 관리자의 주의의무 등을 부담하고, 노조법 제29조의 4 제1항에 따라 공정대표의무를 부담하는데도, 이를 제대로 이행하지 않은 불법행위를 저질렀다며, 피고들은 원고에게 위자료로 각 500만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 소 제기를 하였다.)

2. 대상판결의 내용과 의의²⁾

먼저 대상판결은, 단체교섭 및 단체협약 체결에 이르기까지 단체교섭 과

1) 소 제기 당시에는 단체협약무효확인 청구도 포함되어 있었다. 제1심판결(서울중앙지방법원 2016. 7. 21. 선고 2014가합60526 판결)은, 노조법은 공정대표의무 위반행위에 대해서는 따로 형사처벌 규정을 두지 않고, 노동위원회의 시정명령 불이행에 대해서만 형사처벌을 규정한 점, 노동위원회의 구제명령이 곧바로 노사 사이의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아닌 점에서, 공정대표의무 위반 그 자체로 단체협약이 무효로 되는 것은 아니라고 하였다. 원심판결(서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2057671 판결)부터는 위자료 지급만이 다루어졌다.

2) 대상판결과 같은 날 있었던 대법원 2019다262582 판결도 당사자와 사안만 다를 뿐 판단의 길은 대상판결과 같다.

정의 절차 면에서 교섭대표노동조합은 합리적인 이유 없이 소수노동조합과 그 조합원을 차별하지 않아야 할 공정대표의무를 부담한다는 점을 더욱 분명히 하였다.³⁾

그런데 단체교섭 과정의 절차 면에서 교섭대표노동조합에 요구되는 공정대표의무의 기본이 되는 것은 소수노동조합과 그 조합원에게 단체교섭과 단체협약 체결에 관한 정보제공과 그들로부터의 의견수렴일 것이다(정보제공의무 및 의견수렴의무). 이에 대해 대상판결은, 교섭대표노동조합은 단체교섭 과정에서 소수노동조합을 동등하게 취급하고 공정대표의무를 절차적으로 적절하게 이행하기 위해서는 기본적으로 단체교섭 및 단체협약 체결에 관한 기본적인 중요한 사항에 관한 정보를 소수노동조합에 적절히 제공하고 그 의견을 수렴하여야 한다고 하였다.⁴⁾ 다만 대상판결은, 단체교섭 과정의 동적인 성격 및 실제 현실 속에서 구현되는 모습, 노조법에 따라 인정되는 대표권에 기초하여 교섭대표노동조합 대표자가 단체교섭 과정에서 어느 정도의 재량권 등을 가지는 점을 고려하면, 교섭대표노동조합의 소수노동조합에 대한 정보제공 및 의견수렴의무는 일정한 한계가 있을 수밖에 없고, 교섭대표노동조합이 가지는 재량권을 일탈·남용함으로써 소수노동조합을 합리적 이유 없이 차별하였다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 공정대표의무를 위반한 것으로 볼 수 있다고 하였다. 이는 노조법 제29조 제2항의 해석, 법정 위임관계 등에 관한 법리에 비추어, 소수노동조합과 교섭대표노동조합 사이

3) 대상판결 이전 대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결은, 노조법의 공정대표의무는 교섭창구 단일화 제도가 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로서 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 소수노동조합에도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다는 그 취지와 기능 등에 비추어 공정대표의무는 단체교섭의 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체교섭의 과정에서도 준수되어야 한다고 하였다(공정대표의무의 적용 대상과 범위를 밝힌 첫 판결이다).

4) 대상판결이 밝힌 교섭대표노동조합은 단체교섭 과정에서 ‘소수노동조합을 동등하게 취급하고’의 의미가 ‘교섭대표노동조합과 소수노동조합을 동등하게 취급하여야 하고’의 의미인지, ‘소수노동조합들을 동등하게 취급하고’의 의미인지, 단지 ‘소수노동조합과 그 조합원도 대표하고’의 의미인지 명확하지 않다. 첫 번째 의미라면, 교섭대표노동조합은 자기 소속 조합원에게 하는 것처럼 단체교섭 등에 관한 정보를 소수노동조합 조합원에게도 ‘적절히’가 아니라 동등하게 제공하는 등 절차적으로 ‘적절하게’가 아니라 동등하게 취급하여야 한다. 그러나 대상판결의 전체 취지와 그 결론에 비추어 첫 번째와 두 번째 의미보다는 세 번째 의미의 수사가 아닐까 싶다.

에는 개별적인 위임관계에 있지 않고, 교섭대표노동조합이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 및 그 조합원 전체를 대표하는 독자적인 단체교섭과 단체협약 체결권의 주체(당사자)임을 전제한 것으로, 대상판결은 이 점도 분명히 하였다.⁵⁾

한편 단체교섭 과정의 절차적 면에서 교섭대표노동조합의 공정대표의무와 관련하여 대상판결은, ① 교섭대표노동조합이 소수노동조합과 그 조합원에게 단체교섭 및 단체협약 체결에 관한 기본적이고 중요한 사항에 관한 정보제공을 누락하거나(전혀 이행하지 않거나) 충분히(제대로) 거치지 않았으면, 공정대표의무 위반일 수 있다고 하였다. 구체적으로 소수노동조합의 단체협약 요구안에 대한 의견 청취 이후 마련된 단체협약 요구안 설명, 교섭일시 등 교섭 사실과 이후 일정, 노사의 주장 내용, 향후 예상 등 단체교섭 경과 설명(회의록 전달, 소식지 등의 비치 열람 제공), 회사 요구안 전달, 단체협약잠정합의안의 내용 통보(노동조합 사이에 논란이 된 사항에 대한 자세한 설명) 등이 있었다면 공정대표의무 위반으로 보기 어렵다고 하였다. ② 교섭대표노동조합이 단체교섭 및 단체협약 체결에 관한 기본적이고 중요한 사항에 관해 소수노동조합과 그 조합원의 의견을 수렴하는 절차를 전혀 이행하지 않거나 제대로 거치지 않았으면 공정대표의무 위반일 수 있다고 하였다. 구체적으로 소수노동조합의 단체협약 요구안에 대한 의견 청취, 단체협약잠정합의안에 관해 소수노동조합과 의논, 소수노동조합 조합원도 참여한 질의응답 등이 있었다면 공정대표의무 위반으로 보기 어렵다고 하였다. 그리고 해당 사건에서는 특히 교섭대표노동조합 규약에 단체협약잠정합의안에 대한 조합원 찬반투표 절차를 정하고 있는 경우, 그 절차에 소수노동조합 조합원도 동등하게 참여하게 하여야 하는지가 문제되었다. 대상판결은 교섭창구 단일화 절차 관련 노조법 규정에 잠정합의안에 대한 조합원 찬반투표

5) 해당 사건에서 원고의 주장은, 소수노동조합은 교섭창구 단일화 절차를 통해 교섭대표 노동조합에 교섭에 관한 사무를 위임하였으므로 민법 제681조, 제683조에 따른 선관주의의무 또는 보고의무를 부담한다는 것이었다. 이에 대해 원심판결은, 노조법은 소수노동조합의 단체교섭권과 단체협약 체결권을 인정하지 않음을 전제로 교섭대표노동조합 대표자의 단체교섭권 등을 규정하면서 그와 별도로 그것들의 위임규정 또한 두었는데, 이는 두 규정의 성격이 다를 뿐 아니라, 소수노동조합에게 불리한 단체협약도 체결할 수 있는데, 이는 민법상 수임인으로서 교섭대표노동조합의 지위를 설명하기 곤란한 점, 민법 제681조 등을 준용하지 않고 공정대표의무를 규정한 취지를 고려할 필요가 있는 점 등을 들어 그러한 주장을 받아들이지 않았다.

에 관해 정합이 없고, 그러한 절차는 교섭대표노동조합의 내부적 절차에 불과하며, 교섭대표노동조합 대표자는 원칙적으로 소수노동조합과 그 조합원의 의사에 기속되지 않으므로, 소수노동조합 조합원에게 그 절차에 동등하게 참여할 기회를 부여하지 않거나 그들의 의사를 고려 또는 채택하지 않더라도 절차적 공정대표의무 위반이라고 단정할 수 없다고 하였다. 그러나 원심판결이 정확히 지적한 것처럼, 소수노동조합과 그 조합원의 노동3권 특히 단체교섭권 침해에 대한 교섭창구 단일화 절차의 헌법적 정당성을 긍정하기 위한 의미 있는 대상조치로서 공정대표의무의 내용을 밝힐 때에는 그러한 대상조치로서의 의미를 염두에 두어야 할 필요가 있으므로 교섭대표노동조합을 통해서만 단체교섭 과정에 자신의 의사를 반영할 수밖에 없는 소수노동조합과 그 조합원도 헌법에서 정한 노동3권의 주체라는 것을 승인하고 존중하는 관점에서, 공정대표의무의 내용은 소수노동조합과 그 조합원의 단체교섭권을 전혀 의미 없게 하는 것을 막는 정도에 그쳐서는 안 되고, 그들이 교섭대표노동조합을 통해 단체교섭권을 실현한다고 평가할 수 있는 정도여야 한다.⁶⁾ 이처럼 교섭대표노동조합의 공정대표의무에 관한 해석을 통해 단체협약잠정합의안에 대한 조합원 찬반투표 관련 절차에서 교섭대표노동조합의 의견수렴의무는 위와 같이 평가할 수 있는 정도여야 한다는 결론을 충분히 끌어낼 수 있으므로, 노조법에 그러한 절차 관련 규정이 없다는 것이 그러한 정도의 공정대표의무를 부정할 논리적 근거가 될 수는 없다. 나아가 단체교섭 과정에서 절차적 공정대표의무는 교섭대표노동조합 대표자가 소수노동조합과 그 조합원의 의사에 반드시 기속되어야 한다는 것이 아니라 그들의 의사를 반영할 수 있는 절차적 의무를 다하라는 것이므로, 그들의 의사에 대한 교섭대표노동조합 대표자의 기속 여부에 관한 법리가 그러한 정도의 의무이행을 부정할 근거가 될 수도 없다. 따라서 교섭대표노동조합 규약에 단체협약잠정합의안에 대한 찬반투표 절차를 정하고 있다면 소수노동조합

6) 이러한 취지에서 원심판결은 잠정합의안 찬반투표에 원고 지회 조합원을 배제한 것은 피고들의 공정대표의무 위반이라고 하였다. 공정대표의무로서 교섭창구 단일화 제도의 헌법적 정당성을 긍정할 수 있는지는 여전히 의문이고, 공정대표의무가 대상판결과 같은 정도로 이행되어도 괜찮다면 그러한 의문은 더욱 커질 수밖에 없다. 그래서 지난 합헌 결정의 한계 등을 지적하며 현재에 이르기까지 제도 시행의 실체를 더하여 2020. 2. 민주노총이 제기한 교섭창구 단일화 제도에 대한 위헌소송(노조법 제29조 제2항 등 위헌확인(2020헌바235)에 주목한다.

조합원에게도 그 절차에 동등하게 참여할 기회를 부여하거나, 그러한 정함이 없더라도 소수노동조합 조합원의 찬반의사를 교섭대표노동조합 조합원의 그것과 동등하게 취급하여야 한다는 정도의 의견수렴의무는 교섭대표노동조합의 공정대표의무에 포섭된다고 할 것이다.⁷⁾

대상판결은 교섭대표노동조합의 독자적 단체교섭 및 단체협약 체결권을 인정하고, 단체교섭 과정의 절차 면에서 교섭대표노동조합의 공정대표의무(정보제공의무 및 의견수렴의무)의 판단기준을 제시하면서 구체적 사안에 적용한 사례라는 데에 의의가 있으나, 단체교섭권을 침해받고 있는 소수노동조합과 그 조합원이 단체협약잠정합의안에 대한 의견수렴 절차에 동등하게 참여하지 못한 차별을 공정대표의무 위반이 아니라고 한 데에는 쉽게 동의하기 어렵다.

장영석(전국언론노동조합 법규국장, 법학박사)

7) 피고들 중에서는 비록 잠정합의안에 대해 소속 조합원들의 찬반의사만을 고려하기는 하였으나, 소속 조합원의 찬반의견을 수렴하여 사용자와 재교섭을 반복하고 3차 잠정합의안으로 단체협약을 체결한 피고가 있다. 이처럼 교섭대표노동조합이 소수노동조합 조합원을 포함하여 전체 조합원의 찬반의견을 수렴하여 재교섭 노력까지 다하여야 비로소 단체교섭 과정의 절차 면에서 공정대표의무를 다하였다고 평가할 수 있을 것이다.

노동조합 명칭 사용죄에 대한 의문점

- 대법원 2019. 10. 31. 선고 2019도8505 판결 -

【판결요지】

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 노동조합 명칭 사용으로 인한 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노조법) 위반죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

대상판결은 1심 판결을 유지한 원심을 그대로 인정한 것이어서 특별히 대법원의 새로운 판단이나 논리는 없다.

사안에서는 ‘전국대리운전노동조합’이 행정관청으로부터 노동조합 설립신고증을 교부받은 노동조합이 아님에도 불구하고 피고인들이 ‘노동조합’이라는 명칭을 사용하였다는 이유로 기소된 것이 문제되었다.

노조법 제7조 제3항은 “이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없다.”고 규정하고 있고 이를 위반 시 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다(노조법 제93조 제1호). 노동조합 명칭 사용죄는 과실범 처벌 조항이 없기 때문에 기본적으로 고의범에 한정해서만 처벌하는 범죄이다.

피고인 측은, 이 사건에서 문제된 ‘전국대리운전노동조합’은 노조법에 의해 적법하게 설립된 ‘○○지역대리운전직노동조합’이 2012. 2. 23. 정기총회에서 명칭 등을 변경한 것에 불과하여 변경사황을 신고하지 않은 것이므로 노조법 제13조 제1항에 위반된 것이어서 과태료 대상일 뿐이라고(노조법 제96조 제2항) 주장하였고 또한 피고인 측이 스스로 ‘노동조합’이라는 명칭을 적극적으로 사용한 것도 아니고 상대방 회사 측에서 이미 작성·인쇄한 양해각서, 자문위원 위촉장에 개인 서명을 사용하였을 뿐 적극적으로 노조 명칭을 스스로 기재해 넣거나 노조 직인을 사용한 적이 없다고도 주장하였다.

그러나 1심1) 및 2심2) 법원은, ‘전국대리운전노동조합’의 규약에 2012. 4. 9.

제정이라고 되어 있는 점, 전국서비스산업노동조합연맹에 가입하고 받은 인준필증에도 설립연월일이 2012. 4. 9.로 되어 있는 점, 단체의 설립경위 등에 관한 피고인의 수사기관에서의 진술, ‘○○지역대리운전직노동조합’과 ‘전국대리운전노동조합’의 조합원 가입 범위가 다른 점 등을 토대로 서로 다른 단체로 보았다. 게다가 법원은 ‘○○지역대리운전직노동조합’의 2012. 2. 23.자 정기총회의 안건은 ‘명칭 및 조직을 구체적으로 변경하는 것’을 내용으로 하는 것이 아니라 ‘조직을 변경하되 이를 위하여 전국의 대리운전기사들을 대상으로 한 별도의 창립총회를 개최하고 그 창립총회에서 의견을 수렴하여 규약을 확정하기로 하는 것’이었다는 점에도 주목하였다. 법원의 입장에서, 이러한 사실관계는 기존의 ○○지역대리운전직노동조합이 단순히 조직형태를 변경하는 것에 불과한 것이 아니라 기존의 노동조합은 그대로 있는 상태에서 전국대리운전노동조합이 새롭게 별도로 설립되는 것으로 볼 여지가 있고, 그렇다면 설립신고를 거치는 것이 타당하다고 본 것 같다. 게다가 법원은, 피고인의 상대방 회사가 기 작성·인쇄한 양해각서, 자문위원 위촉장 등에 노동조합이라는 명칭이 사용되고 있는 것을 알면서도 피고인이 이를 용인 내지 방관했다고 보고 명칭 사용에 대한 인식과 고의가 충분히 있었다고 판단했던 것이다. 이미 대법원 판결까지 내려졌고 사안은 유죄 확정으로 끝나버리긴 했지만 피고인 측에서 좀 더 다른 논리로 다뤄보지 못한 것은 아닌지 아쉬운 점은 있다.

노조법 제16조는 총회의 의결사항으로 ‘규약의 제정’, ‘조직형태의 변경’, ‘기타 중요한 사항’ 등을 규정하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 판결문에 실시된 사실관계만으로도 보았을 때도 ‘○○지역대리운전직노동조합’의 2012. 2. 23.자 정기총회의 안건은 조직 변경, 전국의 대리운전기사를 대상으로 한 별도의 창립총회, 규약확정이므로 이 세 가지는 ‘○○지역대리운전직노동조합’의 총회 의결사항에 해당하고 ‘○○지역대리운전직노동조합’이 조합원 가입 범위를 지역에서 전국으로 확대한 것은 지역노조에서 전국노조로 조직변경을 한 것으로 볼 수 있고 설사 그렇지 않다고 해도 기타 중요한 사항의 의결을 한 것으로 볼 수도 있으며 2012. 4. 9.자 ‘전국대리운전노동조합’의 규약 제정은

1) 서울남부지방법원 2018. 5. 16. 선고 2017고단109 판결.

2) 서울남부지방법원 2019. 5. 30. 선고 2018노935 판결.

조직변경을 한 ‘○○지역대리운전직노동조합’의 총회 의결사항에 속하기도 하므로 ‘전국대리운전노동조합’은 ‘○○지역대리운전직노동조합’이 동일성을 가진 상태에서 확장된 것으로 볼 수 있지 않을까. 당초 피고인 측에서도 이러한 생각에 기초하여, ‘전국대리운전노동조합’은 노조법에 따라 적법하게 설립된 ‘○○지역대리운전직노동조합’이 2012. 2. 23. 정기총회에서 명칭 등을 변경한 것에 불과한 것이라고 주장했던 것이 아니었을까 추측된다.

만일 이러한 생각이 피고인 측의 기본인식이었다면 ‘전국대리운전노동조합’이라는 명칭 사용에 대해 피고인 측은 ‘노조법에 따라 적법하게 설립된 바 없으면서 노동조합이라는 명칭을 사용한다.’는 인식이 없었을 수도 있다. 즉 대상판결의 사안에서 문제된 노동조합 명칭 사용죄에 대해서는 인식 있는 과실범, 즉 과실범이 인정될 가능성도 있는 것이다. 만약 과실범 주장을 했더라면 과실범 처벌조항이 없으므로 무죄 판단이 가능했는지도 모르겠다.

사실 노조법 제16조의 총회의결 사항 중에 ‘조직형태 변경’ 등은 법률에 명확하게 그 의미가 명시된 바도 없고 해석상 논란이 분분한 측면이 있어서 법률 전문가라도 조항의 해석·적용에 있어 어려움이 많다. 더구나 대상판결의 사안에서처럼 기존에 적법하게 설립신고된 노동조합이 총회 의결을 통해 조직을 변경하고 확장하여 새롭게 규약을 제정해 나가는 일련의 과정을 거친 경우라면 피고인 입장에서는 범죄의 주관적 구성요건요소인 고의 자체가 없었을 수도 있다. 더구나 살인·강도·강간 등 전통적인 자연범과는 달리 노동조합 명칭 사용죄와 같은 행정범에서는 반사회적·반도덕적 요소가 없거나 미약하기 때문에 행위자 입장에서 죄의 요소를 인식하는 것이 어렵거나 죄라는 인식 자체를 가지기 어려울 수도 있다.

한편, 노동조합 명칭 사용죄는 그 존립의 취지가 의심스럽고 구성요건의 명확성 측면에서도 의문이 있다. 노조법상 설립된 노조는 노조법상 보호나 혜택을 받지만, 설사 어떤 단체가 노조법에 의해 설립된 노조가 아님에도 ‘노동조합’이라는 명칭을 사용하는 경우라도 노조법상 어떤 보호나 혜택을 주기 위해서는 노조법상 설립신고된 여부를 확인하고 보호나 혜택을 주어야 하는 것이므로 노조법의 취지를 실현하는 데는 아무런 문제가 없다. 또한 노조법상 설립된 노조라고 하더라도 ‘노동조합’이라는 명칭을 굳이 쓰지 않을 수도 있는 것이므로³⁾ 노동조합 명칭 사용죄는 노조에 대한 국가관리 내지 행정편의적인 것 이외에는 달리 목적을 찾기가 어렵다. 게다가 노조법은 노조법에

의해 설립된 노조가 아니면 “노동조합”이라는 명칭을 사용하지 말 것을 요구하고 있으므로 ‘노동’과 ‘조합’을 띄운 형태인 “노동 조합”이라든가 “노조”라는 명칭을 쓰는 경우를 어떻게 판단할 것인지 의문이 아닐 수 없다. 이와 비교해 볼 때, 정당법에서는 정당법에 의해 등록된 정당이 아니면 그 명칭에 ‘정당’임을 표시하는 ‘문자’를 사용하지 못한다고 하여 유사명칭 등의 사용금지를 규정하고 있고(「정당법」 제41조) 위반 시 1년 이하 징역 또는 100만 원 이하의 벌금에 처한다(「정당법」 제59조 제2항). 정당에게 인정되는 높은 강도의 헌법적 보장, 국가의 보호, 엄격한 등록 요건, 자금 보조, 정치적·사회적 영향력 등을 고려한다면, 정당의 경우 명칭사용에 대한 규제가 필요하고, 규제의 명확성 측면에서만 보아도 최소한 노조법보다는 나은 모습을 보이고 있다. 그렇지만 노조의 경우 기본적으로 근로자의 자유로운 의사에 따라 성립되는 것이고 조합원이 되는 근로자에게 어떤 자격을 요구하는 것도 아니며 국가가 설립을 강제하는 단체도 아니라는 점 등에서 명칭사용에 대해 형벌적 규제가 필요한 영역인지 의문이 있다. 물론 질서유지의 관점에서 무분별한 노동조합 명칭사용에 대해 규제가 필요할지는 모르겠으나, 그렇다 하더라도 그 규제는 과태료로도 충분하다고 보는데, 굳이 노동조합 명칭 사용죄를 형벌로 처벌해야 하는지, 시대에 뒤떨어진 범죄 구성요건은 아닌지 다시 생각해 봐야 하지 않을까 한다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

3) 예컨대, 외국의 노동조합의 경우 프랑스의 Force Ouvrière(노동자의 힘)처럼 노동조합이라는 명칭을 사용하지 않는 경우도 있다.

노조 와해 전략은 반(反)헌법적 행위이다

- 서울중앙지방법원 2019. 12. 17. 선고
2018고합557,704,756,828,918,926,927,1025,1045,
2019고합20,442(모두 병합) 판결 -

【판결요지】

1. 앞서 본 법리가 부당노동행위 구제명령에 관한 것이기는 하지만, 조문 구조상 구제명령 대상이 되는 부당노동행위와 처벌 대상이 되는 부당노동행위에 아무런 차이가 없다..... 법률에 규정된 ‘사용자’의 개념을 문언의 가능한 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서 그와 같이 해석한 것이므로 죄형법정주의 원칙상 금지되는 유추해석에 해당한다고 볼 수 없다.

2. 피고인들이 순차적으로 공모하여 위법을 감수하고 노동조합에 대하여 저지른 이 사건을 그 죄책에 상응하게 처벌함으로써 자기 점검 및 통제 의 계기로 삼고 향후 이와 같은 반헌법적인 행위가 다시 발생하는 것을 방지할 필요가 있다.

대상판결은 삼성전자서비스의 협력업체 근로자로 조직된 노동조합(이하, 협력업체 노조)에 대하여, ‘삼성그룹 미래전략실·삼성전자·삼성전자서비스의 임직원들과 협력업체의 대표들’(피고인들이) 순차 공모하여 노조 와해 전략을 수립한 후 이를 실행한 사건이다. 피고인들은 삼성 계열사와 각 협력업체로 이어지는 노사 관련 지시 및 보고체계를 활용하여, 삼성그룹의 무노조 경영방침을 관철하기 위한 ‘그룹노사전략’ 및 삼성전자의 ‘노사전략’에 따라, 협력업체 노조 와해 전략을 체계적으로 수립하여 실행하였다. 대상판결은 30여 명에 달하는 피고인들의 유죄를 인정하였다.

2013년 7월 협력업체 노조가 설립된 이후부터 조직적인 노조 와해 전략은 시작되었고, 이 과정에서 조합원이 자살하고 그 조합원의 장례가 노조장으로 진행되는 것을 막기 위해 경찰까지 개입하는 등 세간의 큰 관심을 끌었다. 피고인들의 부당노동행위와 각종 위법행위에 대한 의심이 있고 고소도

1) 전국금속노동조합 삼성전자서비스 지회.

노동조합및노동관계조정법 위반	
공도관계	<ul style="list-style-type: none"> ○ 미래전략실·삼성전자·삼성전자서비스·협력업체로 이어지는 부당노동행위 공모 공동정범 인정 ○ 삼성전자 자문역 H는 기획 폐업 부당노동행위 방조, 노조 탈퇴 종용 등으로 인한 지배개입과 불이익취급 부당노동행위 공모 공동정범 인정 ○ 경총 교섭 담당자는 단체교섭 해태 공모 공동정범 ○ 삼성전자서비스는 노동조합법상 사용자에게 해당
지배개입	기획 폐업, 노조 탈퇴 종용 등을 지배개입으로 인정
불이익 취급	조합원이라는 이유로 '중수리 금지 대상자로 지정하여 불이익 처분
교섭 해태	미리 마련한 시나리오에 따라 13개 협력업체에서 단체교섭 해태
표적 감사	노조원들 위주로 이상데이터를 검증발굴하는 방식의 표적감사를 지배개입으로 인정
개인정보보호법 위반	
협력업체와 삼성미래전략실에서 조합원들의 개인정보 및 민감정보 취득	
근로기준법 위반	
피고인들이 순차 공모하여 동래 협력업체 대표에게 전화하여 '000 채용을 배제하라.'며 취업 방해 목적으로 통신을 함. 근로기준법 제40조의 '취업 방해의 금지' 위반 인정	
특정경제범죄가중처벌등에관한법을 위반(뇌물, 횡령), 업무상 횡령, 뇌물 공여 등	
장래식 방해	자살 조합원의 '노조장'을 방해하기 위하여, 고인의 부친에게 6억 원의 합의금을 제공하고 경찰에게 1천만 원의 뇌물 공여
교섭 방해	단체교섭에 개입한 경찰에게 합계 61,883,250원 뇌물 공여
과건근로자보호등에관한법을 위반	
'삼성전자서비스'와 '협력업체' 간의 '불법파견' 관계 인정	
조세범처벌법 위반	
유족 합의금으로 지급한 금액에 대하여 거짓으로 기재한 세금계산서 발행	
공인노무사법 위반	
삼성전자 자문역 H는 공인노무사가 아님에도 불구하고 노무관리진단을 '업'으로 함	

당했지만, 뚜렷한 물증이 없어 수사가 진행되지 못하던 중, 2018년 2월 검찰이 전직 대통령의 소송비 대납 사건 관련 자료를 압수수색하는 과정에서 삼성 측 하드디스크가 압수됨으로써 위 사실이 밝혀졌다.

대상판결의 판결문은 300페이지에 달하고, 범죄사실과 관련하여 적용된 법령은 13개이며, 피고인은 32명이다. 피고인에는 삼성의 임직원과 협력업체 대

표 이외에도 삼성전자 자문역, 정보 경찰, 경총 노사대책본부 직원 등 다양하다. 유죄로 인정된 피고인들의 범죄사실을 간략히 정리하면 다음과 같다.²⁾

위의 방대한 쟁점들을 일일이 살펴보는 것은 어려우므로, 여기서는 두 가지만 언급하도록 한다. 첫째, 부당노동행위 주체로서의 ‘사용자’에 관한 부분이다. 피고인들은 ‘부당노동행위는 신분범이므로 협력업체 사장들만 범죄 주체가 될 수 있다.’고 주장하였다. 즉, 협력업체 근로자들과 근로계약관계를 맺고 있지 않는 경우에는 부당노동행위 주체가 될 수 없다는 것이다.

이에 대해 대상판결은, 흔히 ‘실질적 지배력설’이라 불리는 2010년 현대중공업 판결의 법리를 인용하고 있다. 대상판결은 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자는 「노동조합법」상 사용자에 해당할 수 있다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 참조). 앞서 본 바와 같이 삼성전자서비스는 협력업체를 사실상 자신의 하부조직처럼 운영하였고, 소속 수리기사들에게는 근로자과견 관계에 해당할 정도로 실질적이고 구체적인 지배력을 행사하였으므로 노동조합법상 사용자에 해당한다.”고 판단했다.

현대중공업 판결은 부당노동행위 ‘구제명령’에 관한 것인데, 대상판결은 이 법리를 ‘형사처벌’ 사건에도 적용했다는 점이 흥미롭다. 대상판결은 구제명령 대상이 되는 부당노동행위와 형사처벌 대상이 되는 부당노동행위는 아무런 차이가 없다고 한다. 근거는 조문 구조에서 찾고 있다. 「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조는 부당노동행위 금지를 규정하고, 제82조 내지 제86조는 노동위원회 구제제도를, 제90조는 처벌 규정을 두고 있다. 이런 조문 구조상 ‘구제명령’과 ‘형사처벌’의 대상이 되는 부당노동행위는 동일하다는 것이다.

또한 대상판결은 헌법상 노동3권을 보장하기 위한 「노동조합법」의 입법목적에 비추어, “법률에 규정된 ‘사용자’의 개념을 문언의 가능한 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서 그와 같이 해석한 것이므로 죄형법정주의 원칙상 금지되는 유추해석에 해당한다고 볼 수 없다.”고 한다. 대상판결은 노동위원회

2) 조현주(2020), 「삼성 노조과파 판결의 의미와 향후 과제」, 『삼성 노조과파 판결의 의미와 향후 과제 토론회 자료집』, 심상정 의원실 등 주최, 2020. 1. 9, pp.13-17을 참조하였다.

구제명령 사건에서 확립된 실질적 지배력설의 법리를 형사처벌의 경우에도 적용했다는 점에서 의의가 있다.

둘째, 대상판결은 삼성전자·삼성전자서비스 소속 피고인들에 공통된 양형사유에서, 해당 피고인들의 노조에 대한 ‘반(反)헌법적 태도’에 대해 명확히 지적하며 형사처벌의 필요성을 강조하였다.

대상판결은, 이 사건은 피고인들이 협력업체 노조에 대응하여 회장 직속 미래전략실의 고위 임원부터 삼성전자·삼성전자서비스의 경영진과 협력업체 직원에 이르기까지 여러 위법 요소를 감수하고 노조를 와해시키기 위하여 일사불란하게 움직인 것으로, ‘조직적인 대규모 부당노동행위’이고 그 규모와 파급력에서 전례를 찾아보기 어렵다고 했다. 따라서 피고인들이 순차적으로 공모하여 위법을 감수하고 노동조합에게 저지른 이 사건을 그 죄책에 상응하게 처벌함으로써 자기 점검 및 통제의 계기로 삼고 향후 이 같은 반헌법적 행위가 다시 발생하는 것을 방지할 필요가 있다고 했다.

대상판결은 ‘노조 와해 전략은 반헌법적 행위에 해당한다.’는 것을 명확히 했다는 점에서 의의가 있다. 2013년 10월 ‘S그룹 노사전략’이란 문건이 폭로된 이후, 6년이 지나서 그 문건에 의한 행위들이 범죄로 인정되었다. 노조 와해 전략은 무노조 경영을 위한 것이다. 반헌법적인 무노조 경영에 대해 되돌아볼 때이다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

쟁의행위

사용자 없는 노동 : 홍익대 청소노동자들의 쟁의행위

- 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도18524 판결 -

【판결요지】

(원심) 청소용역 근로자들의 쟁의행위와 관련하여, 홍익대가 노동조합 및 노동관계조정법 제38조 제1항의 ‘쟁의행위와 관계없는 자’에 해당한다고 보기는 어렵다. 그러므로 피고인들이 행한 쟁의행위의 수단과 방법이 홍익대 측의 재산권 등 권리 내지 이익과 조화를 이루는 등 위 관련 법리상 여러 조건들이 구비되는 경우라면, 피고인들의 행위는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 볼 여지는 있을 것이다.

주식회사 씨앤에스자산관리는 홍익대학교와 용역도급계약을 체결하여 청소, 경비 용역을 제공하고 있다. 씨앤에스자산관리에 채용되어 홍익대학교에 청소, 경비 용역을 제공하는 홍익대학교 청소노조(공공운수노조 서경지부)는 조합원들의 임금을 올려주지 않는 것이 홍익대학교의 책임이라고 주장하며 2017년 7월 21일 13:30~22:00경까지 사무처 및 사무처장실을 점거하였다. 그 후, 홍익대학교는 홍익대 청소노조 분회장, 간부 등을 고발하였고, ‘피고인들이 공모 내지 공동하여 홍익대 문헌관 사무처 및 사무처장실에 침입하고, 구호를 제창하며 연좌농성을 하고 소란을 피우는 등 위력으로 사무처장 및 사무처 직원들의 행정업무를 방해하였다.’는 공소사실로 기소되었다.

1심(서울서부지법 2019. 6. 4. 선고 2019고단63 판결)은 “피고인 등이 사무처장의 명시적 또는 추정적 의사에 반하여 사무실에 들어간 사실, 피고인들을 포함한 수십 명의 조합원들이 장시간 사무처가 있는 건물의 로비, 사무처

사무실 및 사무처장실의 일부를 차지하면서 구호를 외치고 노래를 부르는 등으로 사무처장 및 사무처 직원들의 업무에 지장을 초래한 사실을 인정할 수 있다. … 피고인들에 대하여 업무방해 및 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)죄의 구성요건해당성이 인정된다고 할 것이다.”라고 판시하면서 위법성 조각 주장에 관하여는 “홍익대학교 측은 피고인 측과 직접적인 근로계약관계에 있지는 않지만, 그 근로 내용에 비추어 볼 때 『노동조합 및 노동관계조정법』 제38조 제1항의 ‘쟁의행위와 관계없는 자’에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 피고인 측의 홍익대학교를 상대로 한 쟁의행위를 일률적으로 위법하다고 볼 것은 아니고, 홍익대학교 측의 권리 내지 이익과 조화를 이루는 범위 내에서 행해진 쟁의행위라면 홍익대학교 측은 그와 같은 쟁의행위로 인해 업무에 지장이 초래되는 결과를 수인할 의무가 있고, 그러한 쟁의행위는 정당행위로 위법성이 조각된다고 할 것이다. … 피고인 측의 2017. 7. 21.자 쟁의행위는 홍익대학교 측의 수인의무의 한계를 벗어난 위법한 행위에 해당한다.”라고 판시하였다.

이에 홍익대 청소노조 분회장 등은 홍익대는 노조법상 사용자에게 해당하고, 사용자인 홍익대는 청소노조의 쟁의행위를 수인할 의무가 있으며, 2017. 7. 21.의 쟁의행위는 수인의무 내에 있는 행위로서 업무방해 및 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)죄의 구성요건해당성이 인정되지 않고, 정당행위에 해당된다며 항소하였다. 원심(서울서부지법 2019. 11. 21. 선고 2019노778 판결)은 “홍익대는 씨앤에스자산관리와 청소용역도급계약을 체결하였고, 씨앤에스자산관리가 그와 별도로 근로자들과 근로계약을 체결하였으므로, … 홍익대가 위 근로자들에 대하여 직접적으로 노조법상 사용자 지위에 있다고 보기 어려운 측면은 있다. 다만, 위 청소용역도급계약에 의하면, 홍익대는 청소범위를 직접 정하고, 씨앤에스자산관리로부터 작업부위, 청소 횟수, 인원투입 계획 등에 관한 주간·연간·월간 각 청소작업 계획서를 제출받아 이를 사전승인하며, 계약업무의 처리상황에 대하여 씨앤에스자산관리에 대하여 자료(인건비, 복리후생비 지급 상황 등)를 요청하면, 씨앤에스자산관리는 이에 협의를 하여야 할 의무가 있다. 또한 홍익대와 씨앤에스자산관리 사이에 협의된 용역대금의 증감은 씨앤에스자산관리가 근로자들에게 지급하는 임금의 액수에 간접적으로 영향을 미치기도 한다. 따라서 위 청소용역 근로자들의 쟁의행위와 관련하여, 홍익대가 노조법 제38조 제1항의 ‘쟁

의행위와 관계없는 자'에 해당한다고 보기는 어렵다. 그러므로 피고인들이 행한 쟁의행위의 수단과 방법이 홍익대 측의 재산권 등 권리 내지 이익과 조화를 이루는 등 위 관련 법리상 여러 조건들이 구비되는 경우라면, 피고인들의 행위는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 볼 여지는 있을 것이다. ... 사무처장이나 직원들은 상당한 정도의 위압감, 불안감을 느꼈을 것으로 보이고, 업무처리에도 지장이 초래되었던 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 피고인 측의 쟁의행위는 홍익대 측의 재산권 등 권리 내지 이익과 조화를 이루는 범위 내에서 행하여졌다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다. 대법원에 상고하였으나, 대법원은 이를 기각하고, 피고인1(징역 4월에 집행유예 1년), 피고인2(벌금 300만 원에 집행유예 1년), 피고인3(벌금 200만 원의 선고유예)의 유죄를 확정하였다.

법원이 “홍익대가 직접적으로 노조법상 (청소 노조의) 사용자 지위에 있다고 보기 어렵지만, 청소용역도급계약에 의하면 간접적으로 (청소 노조에) 영향을 미친다고 하면서, 홍익대가 노조법 제38조 제1항의 ‘쟁의행위와 관계없는 자’에는 해당하지 않는다.”고 판시한 것은 일견 긍정적으로 볼 수 있다. 그러나 대법원은 이미 노조법상 사용자에 대해서 “고용주가 아닌 사업주라 하더라도 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그러한 한도 안에서는 단체교섭의 의무를 부담하는 사용자에 해당한다.”¹⁾라고 판시한 바 있다. 이는 사용자 개념이 고용주와 고용주가 아닌 자로 분화된다는 것을 의미하고, 또 한편으로는 고용주가 아닌 자로 확장된다는 것을 의미한다.²⁾ 대상판결은 이러한 판례의 입장을 제대로 반영하지 못하였다.

홍익대 청소노동자들은 홍익대로 출근해서 홍익대에 근로를 제공하고, 홍익대에서 휴게를 취하며, 홍익대에서 집으로 퇴근한다. 그리고 홍익대에서 노조를 만들고, 홍익대에서 노조 활동을 하며, 홍익대에서 쟁의행위를 한다. 청소노조 조합원들은 자신들이 근로를 제공하는 장소인 홍익대에서 자신들의 사업장을 점거하는 방식으로 쟁의행위를 한 것일 뿐이다. 그러나 홍익대

1) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결.

2) 임종률(2020), 『노동법』 제18판, 박영사, p.284.

에서 일하는 청소노동자들의 ‘홍익대’ 점거농성은 유죄로 확정되었다.

쟁의행위란 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위(노조법 제2조 제6호)이다. 홍익대 청소노조가 시급 830원 인상을 요구하면서, 그 결정권을 갖고 있는 홍익대학교 건물 로비와 사무처, 사무처장실을 점거한 것은 정당한 쟁의행위에 해당한다. 그러나 법원은 “수시간 동안 학교 건물과 사무실 내부에서 연좌농성을 하면서 큰소리로 구호를 외치고 노래를 튼 것은 학교의 행정업무를 명백히 방해한 것”이라고 판단하였다. 쟁의행위의 정의 자체가 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위인데, 쟁의행위로 학교의 행정업무를 방해했다고 업무방해죄가 인정된 것이다. ‘쟁의행위’라는 단어의 정의와 존재 이유 자체를 부정하는 법원의 논리 구조를 어떻게 해석해야 할지 고민이다.

원심 판결문에 의하면, “개방된 문헌관 로비 등을 점거하는 데에서 더 나아가 사무처장의 사전 허락을 받지 않고 명시적 의사에 반하여 사무처장실을 점거하고, (...) 업무처리에도 지장이 초래되었던 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때, ... 쟁의행위는 홍익대 측의 재산권 등 권리 내지 이익과 조화를 이루는 범위 내에서 행하여졌다고 볼 수 없다.”라고 판단하고 있다. 다시 한번 말하지만, 쟁의행위란 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위이다. 사전 허락을 받고 점거(?)하면 그것은 방문이나 면담일 뿐, 쟁의행위가 아니다.

신수정(경제사회노동위원회 전문위원)

불법 대체근로에 동원된 외부인에 대한 법적 평가와 그를 향한 물리력 행사의 가부

- 대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도3048 판결 -

【판결요지】

피해자는 A회사 소속 근로자들의 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하기 위하여 A회사에 채용된 근로자에 불과하므로, 대항범 관계에 있는 행위 중 ‘사용자’만 처벌하는 노동조합법 제91조, 제43조 제1항 위반죄의 단독 정범이 될 수 없고, 형법 총칙상 공범 규정을 적용하여 공동정범 또는 방조범으로 처벌할 수도 없다. 결국 피해자는 노동조합법 제91조, 제43조 제1항 위반에 따른 현행범인이 아니고, 피고인들이 피해자를 체포하려던 당시 상황을 기초로 보더라도 현행범인 체포의 요건을 갖추고 있었다고 할 수 없다.

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노동조합법) 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.”고 규정하고 있다. 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 것이 그 취지다.¹⁾ 이 조항의 반대해석상 당해 사업과 ‘관계있는’ 자는 이를 ‘신규 채용하거나 대체근로’²⁾(이하, 대체근로)에 종사할 수 있게 해도 된다.

만약 사용자가 노동조합법 제43조 제1항 규정을 위반하는 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로 처벌된다(노동조합법 제91조). 여기서 처벌되는 ‘사용자’는 노동조합법 제2조 제2호 사용자의 정의 조항에 따라 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다.

그런데 쟁의행위 기간 중에 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 대체근로하게 하는 경우 그렇게 대체근로에 종사하게 되는 자는 어떻게 평가해야

1) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도4831 판결.

2) 김유성(1999), 『노동법II』, 법문사, pp.298-299.

할 것인가? 대상판결의 사안은 바로 쟁의행위 기간 중에 당해 사업에 대체근로하게 된 당해 사업과 무관한 외부의 근로자에 관한 것이다.

대상판결의 사안에서는, A회사 노동조합의 파업으로 인해 A회사의 사업이 중단되자, A회사가 사업 외부의 제3자 B로 하여금 대체근로를 시켰는데, A회사 노동조합원들이 제3자 B가 대체근로를 하는 것을 보고 그것을 제지하기 위해 B를 붙잡으려고 하다가 B를 다치게 하여, B의 체포과정에 관여한 A회사 노동조합원들이 공동상해죄 등으로 기소되었다.

일반적으로 범죄가 성립되기 위해서는 구성요건해당성, 위법성, 책임이라고 하는 세 가지 요건이 성립해야 한다. 형사법을 비롯하여 각종 법률에서 금지행위를 규정한 조항을 위반한 경우 구성요건해당성이 충족되고, 구성요건해당성이 충족되면 위법성이 추정되며 역으로 위법성 조각사유(정당방위, 긴급피난, 피해자의 승낙, 자구행위, 정당행위)가 없으면 위법성이 그대로 인정된다. 위법성까지 인정되면 책임 역시 추정되며 역으로 책임조각사유(형사미성년, 책임무능력, 법률의 착오, 기대가능성 등)가 없으면 책임까지 인정되어 범죄가 성립한다. 그 밖에 범죄의 유형에 따라서는 처벌조건의 충족여부라든가 소추조건의 충족여부가 문제되기도 한다.

대상판결의 사안에서 기소된 노동조합원들(이하, 피고인)은 자신들이 불법적인 대체근로를 막기 위해서 대체근로에 동원된 자를 체포하는 과정에서 상해를 입게 한 것이므로 소위 범죄를 저지르는 현행범을 체포하는 것이어서) 형법상 정당행위에 해당되어 위법성이 조각된다고 주장하였다.

피고인의 주장이 타당하기 위해서는 대체근로에 동원된 외부의 제3자에게 범죄가 성립해야 한다. 그래야 현행범 체포라는 논리가 가능해지기 때문이다. 대체근로에 동원된 외부의 제3자에게 범죄가 성립하는지 여부를 살펴보기 위해서는 두 가지를 검토해야 한다. 첫째, 대체근로에 동원된 외부의 제3자가 노동조합법상 처벌 대상인지 여부를 살피는 것이다. 둘째, 대체근로에 동원된 외부의 제3자가 노동조합법상 처벌 대상이 되지 않더라도 자신을 고용한 사용자에 대해 공범관계가 성립되어 처벌할 수 있는지 여부를 살펴야 한다.

일단, 노동조합법상으로는 대체근로에 동원된 외부의 제3자에 대해서는

3) 「형사소송법」 제212조(현행범인의 체포) 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.

처벌조항이 없다. 즉 쟁의행위 상황에서 그 사업과 관계없는 자를 대체근로 시키는 경우 처벌되는 자는 사용자뿐이기 때문에 그 사용자에게 의해 대체된 외부의 제3자는 설사 불법적인 대체근로에 동원된다고 해도 노동조합법에서는 처벌되지 않는다는 것이다. 즉 불법적인 대체근로를 시킨 자가 문제인 것이지 그에 동원된 외부의 근로자를 비난할 수는 없는 것이다.

다음으로, 대체근로를 시킨 사용자에게 대해 대체근로에 동원된 외부의 제3자가 공범관계가 성립되어 처벌할 수 있는지 살펴보자. 강학상으로 공범은 크게 두 가지 형태로 분류할 수 있다. 임의적 공범과 필요적 공범이 그것이다.

범죄와 형벌을 규정한 조항에서 범죄구성요건은 원칙적으로 정범 1인에 의해 실현되는 단독범을 전제로 하고 있고, 임의적 공범은 직접 범죄행위를 저지르는 자, 즉 정범에 가담하는 형태를 말한다. 이에 는 공동정범(형법 제30조, 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 경우),⁴⁾ 교사범(형법 제31조, 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자), 종범(형법 제32, 타인의 범죄를 방조한 자)이 있다.

이와 달리 필요적 공범은 범죄구성요건 규정에서 수인(數人)의 행위로서만 구성요건을 실현할 수 있는 범죄를 말한다. 즉 필요적 공범은 행위 주체 자체가 여러 명이어야 한다. 필요적 공범은 행위자들의 행위 방향에 따라 대항범(對向犯)과 집합범(집단범)으로 구별할 수 있다. 대항범은 행위자들의 행위가 서로 마주보는 방향으로 결합되어 있는 형태를 말한다. 대항범에 있어서는 행위자들에게 동일한 법정형이 부과되는 경우와 차별적인 법정형이 부과되는 경우가 있다. 집합범은 구성요건상 다수 행위자들에게 동일한 방향의 행위가 요구되는 경우이다. 집합범의 경우 다수 행위자가 동일한 법정형에 처해지는 경우가 일반적이지만, 내란죄처럼 행위자의 지위나 역할에 따라 법정형이 차별적인 경우도 있다.

근로관계는 기본적으로 노무를 제공하는 자와 노무를 수령하는 자의 관계 즉 대항관계에 속한다. 따라서 대체근로 금지 위반은 사용자 혼자만의 행위

4) 공동정범은 양태상 공동행위자 각자가 모두 구성요건행위를 실행한 경우도 있고 각자가 분업하여 부분적으로 구성요건행위를 실행한 경우도 있다. 후자와 관련해서 공동정범의 성립에 관한 견해 중 ‘행위지배설’은 공동의 범행계획에 따라 구체적인 범죄의 실현에 있어서 본질적인 임무를 부담한 자는 기능적 행위지배를 가지기 때문에 정범이 된다고 설명한다. 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 등 참조.

임의적 공범	공동정범, 교사범, 종범		
필요적 공범	대항범	쌍방에 대해 동일한 법정형	도박죄(형법 제246조 제1항), 인신매매죄(형법 제289조) 등
		쌍방에 대해 상이한 법정형	뇌물수수죄(형법 제129조, 제133조), 배임수증죄(형법 제357조) 등
	일방만 처벌	음화반포 등 죄(형법 제243조)	
	집합범	관여자에 대해 동일한 법정형	소요죄(형법 제115조), 합동절도죄(형법 제331조 제2항), 합동강도죄(형법 제334조 제2항), 합동도주죄(형법 제146조) 등
		관여자에 대해 상이한 법정형	내란죄(형법 제87조)

로 저질러질 수 있는 범죄가 아니다. 즉 대체근로자 없이 사용자 혼자만의 대체근로 금지 위반이라는 것이 존재할 수 없는 것이다. 그러므로 대체근로자는 사용자의 대체근로 금지 위반이라는 범죄에 대해서는 임의적 공범의 형태로 가담하는 것은 개념 본질상 불가능하다.

결론적으로, 쟁의행위권 보장을 위해 사용자의 대체근로를 금지하고 이를 범죄로 취급하고자 하는 경우 대체근로 금지 위반죄는 대항범 관계로 파악하는 것이 타당하다. 다만 대항범 관계에서 대항관계에 있는 쌍방에게 동일한 법정형을 부과할 것인가 상이한 법정형을 부과할 것인가 아니면 일방만 처벌할 것인가는 입법정책의 문제일 뿐이다. 노동조합법의 경우 대체근로 금지에 관해 대항자 중 사용자만 처벌하고 대체근로에 동원된 외부의 제3자는 처벌하지 않는 입장을 채택하고 있다. 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 당해 사업과 관계없는 자를 대체근로시키는 경우에 사용자가 핵심적인 행위 주체가 될 수밖에 없다는 점이 형벌 규정에 고려되었을 것이라 생각된다.

대상판결의 원심에서는 쟁의행위 시 사용자가 외부인을 동원하여 대체근로시키는 것이 불법이므로 사용자의 불법 대체근로에 동원된 자를 체포하는 행위는 적법한 현행범 체포로서 정당행위에 속하므로 위법성이 없다고 보았다. 그러나 대상판결에서는, 대체근로관계의 본질에 대해 정확히 파악하여, 불법 대체근로에 동원된 자는 대체근로 금지 규정을 위반한 사용자에 대해 임의적 공범관계가 성립될 수 없고, 필요적 공범관계 중 대항범 관계이지만 처벌규정이 없으므로 처벌받지 않는 자라는 점을 지적하면서, 처벌받지 않는 자를 현행범으로 체포할 수는 없는 것이므로 피고인의 체포행위에 대해

위법성을 부인할 수 없다고 하였다.

대상판결은 불법적인 대체근로에 동원된 외부의 제3자에 대한 법적 평가를 내린 최초의 판결로 보이며, 형사법적 관점에서 볼 때, 대상판결의 판단은 타당하다고 볼 수밖에 없다. 그리고 대상판결이 대체근로 금지와 관련하여 던져주는 시사점은 작지 않다. 대체근로 금지는 쟁의행위권 보장을 위해서 노동조합법에서 인정하고 있다. 그렇다면 불법 대체근로를 어떻게 막을 것인가. 쟁의행위가 발생한 상황에서 노동조합이 사용자의 대체근로를 막기 위해 어느 정도의 행위까지 허용될 것인지 문제되지 않을 수 없다. 우선, 사업장 출입통제를 통해서 대체근로에 동원되는 외부인의 출입을 원천 봉쇄하는 경우 이는 정당할 것이라 보인다. 왜냐하면, 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무는 법률상 보호가치가 있는 업무인데,⁵⁾ 불법 대체근로는 사용자가 처벌받는 위법행위이므로 보호가치가 없어서 업무방해죄가 될 수 없기 때문이다. 다만 이 경우에도 대체근로를 하러 온 외부인에 대한 폭력 등 행위는 정당하지 않다고 판단될 것이다. 다음으로, 이미 불법 대체근로가 진행되고 있는 경우 어떻게 해야 할 것인가? 일단 불법 대체근로에 동원된 외부인을 물리력을 동원하여 사업장 밖으로 축출하는 행위는 폭행·상해 등 위법행위로 평가될 여지가 크다. 물론 업무방해죄는 성립하지 않을 것이다. 불법 대체근로에 대해서는 보호되는 업무로 평가될 수 없기 때문이다. 따라서 사용자에 대한 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 불법 대체근로에 동원된 외부인으로 하여금 상황을 설명하고 스스로 퇴거하도록 요구하거나 아니면 사용자에게 압력을 가하여 사용자 스스로 불법 대체근로를 중단하도록 하는 것이 현재로서는 적절한 방법이라고 보인다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

5) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도9828 판결 등.

비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위의 법적 성격

- 대법원 2020. 7. 9. 선고 2015도6173 판결 -

【판결요지】

산업별 노조(이하, 이 사건 노조)와 특정 회사(이하, 회사)의 단체교섭이 결렬되자 이 사건 노조는 주장을 관철할 목적으로 회사 내 공장 주차장에 들어가 구호를 외치고 노래를 부르는 등 집회를 개최하였다. 이 집회는 부분적·병존적 직장점거로 쟁의행위로서 정당성이 인정된다. 이 집회에 회사 종업원이 아닌 이 사건 노조 조합원들이 참가하였다고 하여 정당성을 상실하는 것은 아니다. 비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위는 이 사건 노조 지회 및 그 소속 조합원들의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가진다. 비조합원인 조합원의 공장 출입이 회사의 사업 운영에 지장을 주지 않은 점, 이 회사 공장 내에 머무른 장소와 시간 등을 고려하면 출입행위의 정당성을 부정할 정도로 수단과 방법의 상당성이 없다고 할 수 없다.

대상판결은 산업별 노동조합의 지회가 실시한 직장점거에 종업원이 아닌 조합원이 참여한 행위가 쟁의행위로서의 성격을 가지고 있는지, 아니면 조합활동으로서의 성격을 가지고 있는지에 대해 판단한 최초의 판결이라는 점에서 의미가 있다.

이 사건에서 1심(대전지방법원 천안지원 2014. 6. 26. 선고 2013고정1201 판결)과 원심(대전지방법원 2015. 4. 19. 선고 2014노1799 판결)의 판결 및 대상판결은 모두 이 사건 직장점거가 단체교섭이 결렬된 후 주장을 관철할 목적으로 적법한 절차를 거쳐 이루어졌고, 공장 주차장에서 이루어져 부분적으로 이루어졌으며, 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적 점거에 해당하여 정당성이 인정되는 부분적·병존적 직장점거라고 전제하고 있다.

직장점거와 관련해 확립된 판례 입장은 “사용자 측의 점유를 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는” 이른바 ‘부분적·병존적 직장점거’는 정당



하고, 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자 측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9963 판결), 장기간 계속되거나 조업이 중단될 경우에는 ‘전면적·배타적 직장점거’로 보아 정당성을 부정한다. 여기에서 양자의 판단기준은 기본적으로는 직장점거에 의해 회사의 업무가 실제로 방해되었거나 또는 적어도 그 업무방해의 결과를 초래할 위험성이 발생하였는지 여부에 따라 결정된다는 것이다(대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5204 판결). 이상의 법리에 비추어 볼 때 이 사건 직장점거의 정당성 판단은 타당한 것으로 보인다.

그런데 산별노조 등 초기업 노동조합이 실시하는 쟁의행위는 그 정당성 외에 직장점거를 포함한 쟁의행위의 주체로 될 수 있는 자, 쟁의행위의 적격성이 있는 자가 누구인지에 대한 판단도 함께 이루어질 필요가 있다. 종업원이 아닌 조합원이 종업원인 조합원과 동일한 지위에서 쟁의행위를 수행할 수 있는가 하는 쟁의행위의 주체성이 문제될 여지가 있기 때문이다.

조합원은 종업원인지 여부를 불문하고 해당 노동조합이 주도한 쟁의행위에 당연히 참가할 수 있는 자격이 있다고 판단하면, 참가자의 책임은 그 쟁의행위의 정당성에 달려 있게 될 것이다. 이에 대하여 종업원이 아닌 조합원은 종업원인 조합원과 다른 성격과 지위를 가지는 점을 강조하면 비종업원인 조합원이 특정 사업장의 쟁의행위에 종업원과 동일하게 주체로서 참가할 수 있는지, 즉 쟁의행위에 참가한다면 그러한 행위는 쟁의행위로서 평가되어야 하는지 아니면 쟁의행위 그 자체가 아니라 쟁의행위에 대한 지원행위 내지 조력행위로서, 즉 조합활동으로서 평가되어야 하는지가 문제될 수 있다.

이 사건은 기업 지회 단위에서 조합원이 쟁의행위 찬반투표를 거쳐 해당 사업장의 주차장에서 일시적인 집회 형태로 부분적·병존적 직장점거를 하고 있는 과정에서 해당 기업의 종업원이 아닌 이 사건 노조 조합원 200명가량이 회사 내로 들어와 그 집회에 참가하여 이를 주도한 이 사건 노조의 지역지부 간부들이 건조물침입죄 등으로 기소된 것이다.

원심은 직장점거에 대한 비종업원인 조합원의 참가행위의 성격에 대해 조합원인 사실이 인정되기 때문에 종업원이 아니라는 이유로 곧바로 쟁의행위에 대한 적격성, 즉 쟁의행위의 주체를 부정할 수 없다고 판시하여, 이들의 참가행위의 성격을 쟁의행위로서 파악하고, 쟁의행위가 정당하기 때문에 비

종업원인 조합원의 형사책임을 부정하고 있다. 1심은 비종업원인 조합원이 쟁의행위에 참가할 수 있는 적격을 갖추고 있는지 여부에 대해서는 명시적으로 판단하지 않은 채 당연히 할 수 있다는 전제하에서 쟁의행위의 정당성을 판단하고 있다.

그런데 이와 같은 판단에는 약간의 의문이 수반된다. 첫째, 쟁의행위의 대표적인 형태인 파업을 생각해보면 비종업원인 조합원이 노동쟁의가 발생한 특정 기업을 대상으로 집단적으로 노무를 거부하는 유형의 쟁의행위, 즉 파업을 할 수 있는 지위에 있는지를 살펴보아야 한다. 비종업원인 조합원은 노동쟁의가 있는 사업장에 대하여 노무를 제공하지 않는 상태에 있기 때문에 그 사업장에 대해 소극적으로 노무제공을 거부하는 파업 자체가 개념적으로 성립할 수 없다. 그렇다면 직장점거와 같은 적극적인 형태의 쟁의행위도 당연히 참가할 수 없다고 보는 것이 합리적이다. 이와 달리 직장점거와 같은 적극적인 행위를 수반하는 쟁의행위에는 참가할 수 있다고 파악하면 쟁의행위의 방법에 따라 쟁의행위의 주체가 달라지는 부당한 결과가 될 것이다.

둘째, 쟁의행위는 사용자 나아가 제3자에게 영향을 미치는 것이기 때문에 노동조합법은 다양한 규제를 하고 있고, 그 규제와 함께 판례는 민형사면책을 받기 위해서는 “정당성”을 갖추어야 한다는 판단구도를 취하고 있다.

이런 점을 고려하여 판례는 파업찬반투표는 “근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위한 절차적 요건으로서, 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거치도록 한 「노동조합 및 노동관계조정법」 제41조 제1항은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정”이기 때문에 “지역별·산업별·업종별 노동조합의 경우에는 총파업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회 소속 조합원의 과반수의 찬성이 있으면 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 보아야 할 것이고, 쟁의행위와 무관한 지부나 분회의 조합원을 포함한 전체 조합원의 과반수 이상의 찬성을 요하는 것은 아니다.”고 타당하게 판단하고 있다(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4641 판결. 같은 취지 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두12859 판결). 이렇게 해석하지 않으면 쟁의행위 정당성 유무와 관련하여 책임을 부담하지 않는

(다수의) 조합원에 의해 쟁의행위가 개시되지만 그 책임은 실제 쟁의행위가 예정하고 있는 범위의 조합원만이 전적으로 부담하는 부담한 결과가 발생할 것이기 때문이다.

이와 같이 관례 법리는 쟁의행위의 정당성 유무에 의해 책임 등 불이익 등 영향을 받는 조합원이 쟁의행위를 결정하여야 하기 때문에 그 영향을 받지 않는 자는 조합원이라고 하더라도 쟁의행위 찬반투표에 참가할 자격이 없다는 것을 논리적 전제로 하고 있다. 따라서 초기업 노조의 기업 내 지회나 지부와 같은 하부조직의 쟁의행위 개시 결정은 그 쟁의행위 찬반투표에서 예정한 범위와 취지를 고려하여 쟁의행위의 정당성 유무에 따른 책임 부담 등 영향을 받는 자에 의해 이루어져야 한다.

이 사건에서 종업원에 한정하는 쟁의행위 찬반투표 등의 절차를 거쳐 실시되고 있기 때문에 다른 특별한 사정이 없는 한 종업원에 의한 직장점거 자체는 정당성이 있는 것은 당연하다. 그러나 비종업원인 조합원이 직장점거에 쟁의행위로서 당연히 참가할 수 있는 것은 아니다. 쟁의행위 개시 결정 자체에 비종업원인 조합원이 참가할 수 없거나 참가하지 않았다면 비종업원인 조합원이 그 쟁의행위에 참가하더라도 그것이 쟁의행위로서 평가되어야 하는지, 아니면 쟁의행위에 대한 조력 내지 지원활동이라는 조합활동으로서 평가되어야 하는지가 선결문제로서 먼저 판단될 필요가 있다.

대상판결은 이러한 점을 의식하고 판단한 점에서 적극적으로 평가할 수 있다. 대상판결은 종업원인 조합원이 참가한 집회와 쟁의행위 찬반투표에 참가하지 않은 비종업원인 조합원이 참가한 집회가 구별없이 이루어졌기는 하지만 양자의 성격을 명확히 구별하고 있다. 종업원인 조합원이 참가한 회사 내 집회는 직장점거로서 쟁의행위에 해당하지만, 비종업원인 조합원이 참가한 회사 내 집회에 대해 대상판결은 1심이나 원심의 판단과 달리 ‘쟁의행위’에 해당하는 것이 아니라 종업원인 조합원의 “쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가진다.”고 타당하게 파악하고 있다.

나아가 대상판결은 이를 전제로, 쟁의행위의 정당성과는 별도의 관점에서 조합활동, 즉 쟁의행위에 대한 지원·조력행위의 정당성 판단기준을 제시하고 있는 점에서도 의의가 있다. 대상판결은 “산업별 노동조합 조합원의 아산공장 출입방식이나 절차를 정한 노사 간의 합의 등을 위반하였다고 볼

만한 자료가 없을 뿐만 아니라, 아산공장 출입으로 인하여 □□기업의 사업 운영에 지장을 주었다고 보기도 어렵다. 이에 더하여 피고인 박○○ 등이 아산공장 내에서 머무른 장소와 시간 등을 함께 고려해보면, 이러한 출입행위의 정당성을 부정할 정도로 그 수단과 방법의 상당성이 없다고 단정하기도 어렵다.”고 판시하고 있다. 이와 같은 대상판결의 판단기준은 적절한 것으로 보인다.

비종업원인 조합원에 의해 이루어진 쟁의행위 지원·조력행위로서의 조합활동의 정당성은 비종업원인 조합원이 해당 사업장에 출입할 근거가 있는 지, 비종업원인 조합원의 조합활동이 사용자의 사업 운영에 지장을 주었는지, 출입의 목적이나 장소와 시간 등 제반 사정을 고려할 때 수단과 방법에 상당성이 있는지 등에 의해 판단되어야 할 것이다.

이상의 내용을 요약하면, 첫째, 대상판결은 1심 및 원심과 달리 비종업원인 조합원이 종업원인 조합원에 의해 적법하고 정당하게 이루어진 쟁의행위에 참가하는 행위의 법적 성격은 쟁의행위가 아니라 그 쟁의행위를 지원·조력하는 조합활동에 해당하는 것을 명확히 한 점, 둘째, 비종업원인 조합원에 의해 이루어진 그러한 조합활동의 정당성 판단기준을 제시한 점에서 의미가 있다.

이승욱(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

도급인 사업장 내 쟁의행위와 대체근로 저지의 정당성 여부

- 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결 -

【판결요지】

(도급인 사업장 내 쟁의행위에 대해) 수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다. 또한 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다.

(대체근로 저지에 대해) 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다. 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다.

피고인들은 A 공사의 시설관리 및 청소 용역업체 B와 C의 소속 근로자로서 본 사건 노동조합의 조합원들이다. 본 사건 노동조합은 청소 용역업체 B와 C를 상대로 임금인상 등에 관한 단체교섭을 하였으나 결렬되자 노동위원회 조정 신청을 기각 후 파업에 돌입하였다. 피고인들을 포함하여 본 사건 노동조합 조합원들은 2012. 6. 25. A공사 사업장 내 본관 건물과 건물 사이 인도에서 2시간 40분가량 확성기를 틀어놓고 구호를 외치고 울동과 함께 노동가를 제창하였다. 그리고 다음 날 6. 26.에는 1시간 동안, 7. 3.에는 1시간 20분 동안 유사한 방식의 집회를 하였다. 파업기간 동안 용역업체 C는 A공사 본

관 건물에 대체근로자들을 투입하였고, 이에 피고인들은 대체근로자들의 청소업무를 저지하기 위해 앞을 막으면서 청소를 그만두고 밖으로 나가라고 소리치는 등의 방식으로 본 사건 대체근로자들의 청소업무를 방해하였다. 그러던 중 피고인을 포함한 일부 성명을 알 수 없는 조합원들이 대체근로자들이 수거한 쓰레기를 복도에 투기한 상황도 있었다.

이 사건의 쟁점은 첫째, 용역업체, 즉 수급업체의 근로자들이 도급인 사업장에서 쟁의행위를 한 것이 도급인 사업에 대한 업무방해 및 퇴거불응죄가 성립하는지와 둘째, 용역업체 C의 대체근로자들의 업무를 저지한 것이 업무방해죄에 해당하는지이다. 고등법원은 두 가지 쟁점 모두 피고인들의 무죄를 선고하였고, 대법원은 검사의 상고를 기각하며 원심을 확정하였다.

범죄가 성립하기 위해서는 3가지 요소를 갖추어야 한다. 순서대로 구성요건 해당성 - 위법성 - 책임이다. 이 중 하나라도 탈락이 되면 범죄는 성립하지 않는다. 구성요건 해당성이란 범죄를 구성하는 행위요건을 충족하는 것이다. 가령 살인죄는 ‘사람을 살해’하는 것을 구성요건으로 하고, 사람을 실제 살해하면 구성요건 해당성을 충족한다. 위법성이란 전체 법률질서의 가치평가에 반하는 것, 다르게 표현하면 우리 법질서에 비추어 용납할 수 없는 것을 의미한다. 역으로 위법하지 않다면 범죄는 성립하지 않는다. 전쟁터에서 군인이 사람을 살해하는 것은 구성요건에는 해당하지만, 위법하다고는 할 수 없어 범죄가 성립하지 않는다(정당행위). 구성요건에 해당하고 위법하다고 인정되어도 책임이 성립되지 않으면 범죄가 되지 않는다. 책임이란 위법한 행위에 대하여 행위자를 개인적으로 비난할 수 있는가의 문제이다. 형사상 미성년자(만 14세 미만), 심신장애인, 강요된 행위 등에 의해 일어난 위법한 행위는 범죄가 성립하지 않는다.

첫 번째 쟁점에서 대법원은 업무방해 및 퇴거불응죄가 되지 않는 이유에 대해서 범죄성립의 두 번째 요건인 위법성이 탈락하기 때문이라 실시하였다. 일단 위력으로서 타인의 업무를 방해하는 업무방해죄나 사람이 관리하는 건조물에서 퇴거를 요구받고도 응하지 않은 퇴거불응죄의 구성요건에는 해당한다고 보았다. 그러나 대법원은 도급인에게 일종의 ‘수인의무’를 인정하여 피고인들의 행위에는 위법성이 없다고 보았다. 즉, 사내하청의 경우 근로를 제공하는 장소가 도급인의 장소일 수밖에 없고, 쟁의행위의 주요 태양인 파



업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다는 것이다. 그리고 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로로 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향유하기 위해 자신의 사업장을 일터로 제공하였기에 그 사업장에서 일어나는 쟁의행위로 자신의 법익이 일정 부분 침해된다고 하더라도 사회통념상 이를 용인하여야 한다는 것이다. 따라서 피고인들의 쟁의행위가 정당성을 갖추고 사회통념상 용인될 수 있는 범위 내의 것이라면 「형법」 제 20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’(정당행위)로서 위법성이 탈락한다는 것이다.

두 번째 쟁점에서도 대법원은 피고인들의 대체근로 저지에 대해 위법성을 부정하여 무죄를 선고하였다. 사용자는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제43조 제1항에 의해 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다. 만일 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체한 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 탈락한다. 위법한 대체근로를 저지하기 위한 실력행사가 사회통념상 용인될 수 있는 정당행위에 해당하는지는 그 경위, 목적, 수단과 방법, 그로 인한 결과 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 이러한 법리를 전제로 대법원은 용역업체 C의 대체근로 투입은 위법한 것이며, 이에 대한 피고인들의 행위는 폭력, 협박 및 파괴행위로 나아가지 아니한 소극적·방어적 행위로서 사용자 측의 위법한 대체근로를 저지하기 위한 상당한 범위 내에 있다고 인정하였다. 비록 피고인 중 1인과 일부 성명을 알 수 없는 본 사건 조합원들이 수거된 쓰레기를 투기하여 A공사 본관 건물 일부의 미관을 일시적으로 훼손하였으나 이는 본 사건 대체근로자들의 근로제공의 결과를 향유하지 못하게 하기 위한 소극적 저항행위였다는 점에서 이 행위만을 떼내어 별도로 상당한 범위를 벗어난 실력행사로 보기 어렵다고 판단하였다.

대법원의 결론에는 찬성하는 바이며, 첫 번째 쟁점에서 피고인들의 도급인 사업장 점거행위가 위법성이 탈락한다는 것 역시 수긍이 가는 바이다. 그러나 두 번째 쟁점은 달리 생각해보아야 한다. ‘업무방해죄’란 허위사실을

유효하거나 위계 또는 위력으로서 타인의 업무를 방해하는 것이며 - 본 사건에서의 행위 태양은 위력에 해당한다 - 보호받는 범익은 ‘업무’이다. 그렇다면 이 업무의 범위에는 위법한 업무도 들어가는 것일까? 즉, 합법적인 업무 뿐만 아니라 위법한 업무 역시 보호받을 가치가 있고 이를 방해할 경우에는 업무방해죄가 성립하는지가 문제된다. 대법원은 형법상 보호할 가치가 있는 업무인지 여부는 사실상 평온하게 이루어지는 사회적 활동을 기준으로 판단하는 것이지, 반드시 그 업무가 적법하거나 유효할 것을 요구하는 것은 아니라고 판단한다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010도935 판결 등). 본 사건의 두 번째 판단은 이러한 시각에서 이루어진 것이다. 그러나 동시에 대법원은 사무나 활동 자체가 위법의 정도가 중하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없거나 법의 보호를 받을 가치를 상실한 경우에는 업무방해죄의 보호대상이 될 수 없다는 판시 또한 내리고 있다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2001도5592 판결 등).

그렇다면 대체근로로 이루어진 업무는 형법상 보호를 받을 업무인지 아닌지 어떻게 판단할 것인가 하는 문제에 봉착하게 된다. 이 점은 우리 「노동조합법」 제43조 제1항이 대체근로를 금지하는 의의 등에서 답을 찾을 수 있다. 대체근로 금지의 의의는 “쟁의행위의 압력효과를 저하시키고 이를 저지하려는 노동조합과의 지나친 대결 사태를 야기할 우려”를 방지하기 위함이다.¹⁾ 그리고 이를 기본권적 측면에서 보면 대체근로는 근로자의 노동3권 중 단체행동권을 근본적으로 저해하는 행위로서 그 금지규정은 단결권과 단체교섭권의 실효성을 담보하기 위해 입법적으로 보호받을 가치가 있는 강행규정이다. 따라서 대체근로 금지규정의 입법적 의의와 기본권 보호적 측면, 그리고 노동법의 강행규정적 성격이라는 점에서 볼 때 대체근로는 업무방해죄의 보호를 받을 만한 업무가 아니다. 그러므로 본 사안은 위법성 탈락이 아닌 구성요건이 해당되지 않아 범죄가 성립하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

1) 임종률(2020), 『노동법(제18판)』, 박영사, p.223.

쟁의행위 시 업무방해죄의 위법성 조각

- 대구지방법원 김천지원 2020. 2. 12. 선고 2019고단579 판결 -

【판결요지】

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노동조합법) 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.”라고 정하고 있는데, 관계 법령에서는 ‘당해 사업’의 구체적인 의미에 관한 정의 규정이 없다.

다만 ‘중단된 업무의 수행을 위하여’라고 정하고 있는 점, 일부 예외를 제외하고 대체근로를 제한한 취지 등을 고려하면, ‘당해 사업’의 범위 및 그와 관계가 있는지는, 쟁의행위로 업무가 중단된 그 사업장을 기준으로 장소적 기준뿐만 아니라 업무나 노무관리가 서로 일체로서 관리되고 있는지 등을 함께 고려하되, 결과적으로 대체근로로 말미암아 파업 근로자들의 단체행동권이 침해되거나 교섭상 불균형이 생기지 않도록 제한해서 해석할 필요가 있다.

피고인들은 CJ대한통운(이하, 피해자 회사)의 구미지점과 위탁계약을 체결한 집배점으로부터 다시 위탁을 받아 김천지역에서 택배화물 집배송을 하는 택배기사들이다. 피고인들의 단체교섭 요구에 피해자 회사가 응하지 않자 피고인들은 2018. 11. 22. 09:30경 김천터미널에서 택배화물 상차 지정 위치에 자신들의 택배 화물차량을 주차하여 같은 달 24. 14:00경까지 2일 동안 피해자 회사가 투입한 대체 택배 화물차량이 상차 지정 위치에 주차하지 못하고 수미터 떨어진 곳에 주차하게 하였다.

그리고 피고인들은 피해자 회사가 대체 택배 화물차량에 택배화물을 싣고 배송을 위해 위 터미널을 나오려고 할 때 택배 화물차량에 적재된 택배화물을 검사하여 생물 등 일부 품목에 대하여만 반출을 허용하고 단시일 내 부패·손상의 우려가 없는 공산품을 비롯한 대다수의 택배 화물을 차량 밖으로 끌어내리는 방법으로 반출 및 배송을 막았다. 또한, 같은 달 24. 12:53경부터 같은 날 14:00까지 대체 화물차량이 택배 화물을 싣고 위 터미널 밖으

로 나가려 하자 터미널 출입구에 일렬로 서서 위 화물차량들이 터미널 밖으로 나가지 못하게 막았다.

업무방해죄로 기소된 피고인들에게 적용되는 쟁점은 다음 3가지이다. ① 상차 및 배송행위를 하지 않는 행위(파업), ② 차량을 상차 위치에 주차해 둔 행위, 그리고 ③ 대체 차량의 적재 화물을 검사하고 배송을 막은 행위가 업무방해에 해당하는가이다.

먼저 ① 파업 행위에 대해 살펴보면, 파업 행위가 업무방해죄가 되려면 대법원이 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에서 실시한 바와 같이 “예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 또는 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업 계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우”에 한정하여 해석한다.

김천지원은 파업의 예측가능성에 대해 피고인들이 피해자 회사에 이 사건 전 단체교섭을 요구하였고 지방노동위원회가 사용자에게 단체교섭요구 사실 공고 의무가 있다고 인정한 점, 피고인들의 노동조합이 파업에 관한 찬반투표를 하고 노동위원회에 쟁의행위 신고를 한 점을 보면 본 사건의 파업이 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어졌다고 볼 수 없다고 판단하였다.

그리고 파업의 결과 피해자 회사에 심대한 혼란 또는 막대한 손해를 초래하여 사업 계속에 관한 자유의사가 제압·혼란되었는지를 살펴보면, 피해자 소속 근로자 45명 중 파업에 참가한 사람은 17명이고 그 외는 정상적인 택배 상하차 및 배송 업무를 담당한 점, 노동조합원이 아닌 근로자들이 운행하는 차량의 출입은 전혀 통제하지 않고 피해자 회사에서 대체 인력으로 투입한 직영 기사들이 운행하는 차량에 대해서만 급히 배송할 필요가 있는 물품들을 제외하고 일반물품의 배송을 막은 점, 파업 기간이 약 이틀로 짧았다는 점을 근거로 부정하였다.

두 번째로 ② 차량을 상차 위치에 주차한 행위에 대해서는, 쟁의행위 중 파업의 보조 수단으로서 직장점거는 사용자 측의 점유를 완전히 배제하지 않고 조업도 방해하지 않는 부분적·병존적 점거일 경우에 한하여 정당성이 인정되는데(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결 등), 피고인들이 점유한 상차 지정 위치의 개수가 김천터미널에서 차지하는 비율의 절반도 안 되기 때문에 이 역시 인정하지 않았다.

세 번째로 ③ 대체 차량의 적재 화물을 검사하고 배송을 막은 행위에 대해서는 피해자 회사가 대체한 직영 기사 투입이 적법한지 여부가 다시 쟁점이 된다. 김천지원은 노동조합법 제43조 제1항의 “당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체”할 수 없다는 규정에 대해 대체근로를 제한하는 취지 등을 고려하면 “‘당해 사업’의 범위 및 그와 관계가 있는지는, 쟁의행위로 업무가 중단된 그 사업장을 기준으로 장소적 기준뿐만 아니라 업무나 노무관리가 서로 일체로서 관리되고 있는지 등을 함께 고려하되, 결과적으로 대체근로로 말미암아 파업 근로자들의 단체행동권이 침해되거나 교섭상 불균형이 생기지 않도록 제한해서 해석할 필요가 있다.”라고 판시하였다. 또한, “사용자의 규모가 클수록 대체 인력 투입에 따른 부담은 작아지기 마련이고, 도급·하도급 등으로 간접고용의 단계가 심화될수록 근로자의 지위는 약화되기 마련이다. 피해자 회사와 같이 전국에 여러 지점을 두고 택배사업을 하는 대기업의 소속 인력과 차량의 규모를 고려할 때, ‘당해 사업’의 범위를 너무 넓게 해석할 경우, 피고인들의 단체행동권이나 교섭권은 형해화될 수밖에 없다.”고 하였다.

사안에 적용해 보면 김천지원은 김천터미널에서 일하는 택배 기사들과 대구, 광주, 서울 등지에서 근무하는 직영 기사들의 업무나 노무관리가 서로 일체로 관리된다고 볼 수 없는 점, 피해자 회사가 각 세부 지역별로 집배점과 계약을 체결하여 지역들이 서로 분리되어 있는 점, 김천터미널의 파업이 서울, 부산, 광주 등 다른 지역의 집배점 업무에 전혀 영향을 주지 않는다는 점 등을 들어 이 사건 파업에서 피해자 회사가 보낸 직영 기사들은 파업 시 당해 사업과 관계없는 자로 보아야 하고, 결국 피해자 회사의 대체 인력 투입은 노동조합법 제43조 제1항을 위반한 것이라 판시하였다.

따라서 피해자 회사의 위법행위에 대항한 피고인들의 행위는 파업의 효용성을 확보·강화하기 위한 보조 수단으로서 업무방해 행위에 해당하지 않거나, 정당방위 또는 정당행위에 해당하여 위법성이 없다고 판시하였다.

본 판결의 의의는 기존 대법원의 판시를 적용한 첫 번째와 두 번째 쟁점보다는 세 번째 쟁점에 있다. 즉, 노동조합법 제43조 제1항이 금지하고 있는 대체근로가 행해졌을 경우 이에 대항하여 대체근로를 방해한 행위(실력행사)가 업무방해죄에 해당하는가에 대해 하급심이지만 보기 드물게 구성요건이

아에 해당하지 않거나, 정당방위 또는 정당행위로 인정하여 위법성을 조각한 것이다.

노동조합법 제43조 제1항의 ‘당해 사업’의 범위를 해석하는 데 있어서 그 범위를 넓게 보는 광의설과 좁게 보는 협의설이 있다.¹⁾ 광의설은 당해 사업을 “개인사업체 또는 독립된 법인격을 갖춘 회사 등과 같이 경영상의 일체를 이루면서 계속적·유기적으로 운영되는 전체로서 독립성을 갖춘 하나의 기업체 조직”으로 보고, 협의설은 “일정한 장소에서 통일적 일체성을 가지는 유기적 조직하에 계속적으로 행하여지는 작업의 일체”로 규정한다. 광의설을 따를 경우 동일한 기업 내라면 지역 사업장 등이 다르더라도 대체근로가 가능하여 노동조합법 제43조 제1항의 단체행동권의 실효성 보장이라는 근본적인 취지를 무력화시킬 수 있다. 본 사안에서 김천지원이 “피해자 회사와 같이 전국에 여러 지점을 두고 (...중략...) ‘당해 사업’의 범위를 너무 넓게 해석할 경우, 피고인들의 단체행동권이나 교섭권은 형해화될 수밖에 없다.”라고 판시한 것도 이러한 맥락이다. 따라서 노동조합법 제43조 제1항의 ‘당해 사업’은 판시와 같이 장소적 기준 외 업무와 노무관리의 일체성 등을 고려하되 단체행동권이나 교섭권의 침해가 일어나지 않도록 제한해서 해석하여야 한다.

본 사안에서 피해자 회사의 다른 지점 직영 기사 투입은 김천지점 택배 화물기사들과 장소, 업무, 노무관리 등에서 공통점을 찾아볼 수 없으므로 위법적인 대체근로가 맞고 이에 대항하여 위법적인 대체근로를 방해한 피고인들의 행위는 업무방해의 구성요건이 아니거나, 특히 정당방위 또는 정당행위로 위법성이 조각되어야 한다고 생각한다. 김천지원의 본 판결은 노동조합법 제43조 제1항의 ‘당해 사업’의 범위를 밝히고 위법한 대체근로에 대한 대항행위에 정당성을 부여하였다는 점에서 큰 의의가 있다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

1) 광의설과 협의설에 관한 내용은 노동법실무연구회, 『노동조합 및 노동관계법주해 II』, 박영사, 2015, pp.407-408을 참조하였다.

회사 내부 전산망을 통해 발송한 노조 가입홍보 이메일 회수 요구가 지배·개입인지 여부

- 서울행정법원 2020. 4. 9. 선고 2019구합72854 판결 -

【판결요지】

직책보임자인 리더가 회사의 지시에 따라 원고 노조 부지회장에게 원고 노동조합 가입홍보 이메일을 회수하도록 요구하면서 이메일을 회수하지 않을 경우 회사의 내부 규정에 따라 인사조치가 될 수 있음을 알린 것은 회사의 시설관리권을 정당하게 행사한 것으로 봄이 타당하므로, 지배·개입의 부당노동행위라고 볼 수 없다.

사안에서는 회사(피고 보조참가인) 내에 복수노조가 존재하는 상황에서 회사의 공장장, 리더 등 직책보임자들이 원고(노동조합)가 회사의 내부 전산망을 통해 발송한 노조가입홍보 이메일 회수를 원고 측에 요구하면서 이메일을 회수하지 않을 경우 인사조치될 수 있음을 알린 것이 지배·개입의 부당노동행위에 해당하는지 여부가 문제되었다.

대상판결에서는 회사의 정보시스템 보안지침에 사내 전자메일을 업무적 목적으로만 사용하도록 규정하고 있고 취업규칙 등에 노조 활동을 위하여 사내 이메일을 이용할 수 있도록 허용하는 규정이 있다거나 사내 이메일을 통한 노조 활동을 승낙하였음을 인정할 증거도 없으므로 원고가 노조가입홍보 이메일을 회사의 사내 전산망을 통하여 발송한 것은 적법한 노조활동이라 볼 수 없고 따라서 회사 측에서 원고를 상대로 노조가입홍보 이메일을 회수하도록 요구한 것은 회사의 시설관리권을 정당하게 행사한 것으로 봄이 타당하므로 지배·개입의 부당노동행위라고 볼 수 없다고 판단하였다.

복수노조가 허용된 상황에서 노조 간의 경쟁도 치열해지고 따라서 조합원 확보는 노조의 생존 및 세력 증대에 직결되는 중요한 과제일 수밖에 없을 것이다. 그러므로 노조가입홍보를 위해서 회사 내 전자메일 시스템을 이용하는 것은 매우 유용한 홍보방법이 될 것이다. 그렇지만 회사 내 전자메일

시스템은 사용자의 시설이기 때문에 노조가 회사 내 전자메일 시스템을 이용하여 노조가입홍보를 한다면, 사용자의 시설관리권과 노조의 조합활동권이 충돌하는 상황이 필연적으로 발생한다. 더구나 사용자 측에서 노조 및 노조활동에 대해 우호적이지 않다면 더 말할 필요가 없을 것이다. 노조의 조합활동권과 사용자의 시설관리권은 어느 쪽이 다른 쪽을 완전히 배제하는 것이 아니라 상호 간에 규범조화적으로 조정과 균형이 가능한 권리들이다.

일반적으로 사용자의 시설관리권과 노조의 조합활동권이 충돌하는 상황이 발생한다고 가정할 때, 시설관리권을 강조하는 입장과 조합활동권을 강조하는 입장이 있을 수 있다. 우선, 시설관리권을 강조하는 입장이라면, 회사 내 시설에 대해 조합활동에 이용하기 위해서는 사측에 의한 허가규정이 있어야 시설을 조합활동에 이용하는 것이 가능할 것이라는 견해를 취할 가능성이 크고, 특별히 시설을 조합활동에 이용할 수 있도록 규정된 바가 없다면 회사 내 시설을 이용하여 조합활동을 하는 것은 매우 제약되는 것이며, 만일 금지규정이더라도 있다면 보다 강한 금지를 의미하며 이러한 규정에 대한 위반이 있으면 불이익처분이 필연적으로 예정되어 있을 것이라고 생각하기 쉽다. 반면, 조합활동권을 강조하는 입장이라면, 회사 내 시설에 대해 조합활동에 이용해도 좋다는 허용규정이 있는 경우 외에도 특별한 금지규정이 없다면 조합활동을 위해 시설을 이용하는 것이 가능하다고 보는 견해를 취할 가능성이 크다.

노동3권이 기본권이지만 기본권의 구체적 발현으로서 그 조합활동권이 어디까지 허용되는 것으로 볼 것인가는 매우 논쟁적인 주제인데, 대상판결은 사용자의 시설관리권을 보다 강조하는 입장에서 사안을 바라보고 있는 것으로 판단된다. 대상판결에 대해서는 원고 노동조합이 항소하여 현재 항소심이 진행 중인데(서울고등법원 2020누40015 사건) 그 귀추가 주목된다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

대리점 택배기사 파업에 대한 원청회사의 대체인력 투입

- 부산지방법원 서부지원 2020. 9. 9. 선고 2019고정1106 판결 -

【판결요지】

1. 피해자 회사는 택배기사들의 근로조건에 관하여 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으므로, 「노동조합법」 제43조 소정의 대체인력 사용금지의무를 부담하는 ‘사용자’에 해당한다.

2. 피해자 회사의 각 지역별 택배업무는 다른 지역의 택배업무와의 사이에 그 업무나 노무관리가 일관된 공정하에 일체로서 이루어지고 있는 ‘당해 사업’에 해당된다고 할 수 없고, 따라서 피해자 회사가 서울, 경북, 충북 등 다른 지역 택배기사들을 투입한 행위는 당해 사업과 관계없는 자를 대체 투입한 것으로 위법한 대체인력의 투입행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

3. 피해자 회사의 직영기사들의 택배운송 업무를 방해한 것은 위법한 대체인력 사용 저지를 위한 상당한 범위 내의 실력행사에 해당하므로, 정당행위로서 위법성이 조각된다.

CJ 대한통운 주식회사(이하, CJ사, 대상판결은 ‘피해자 회사’라 하고 있음)는 전국에 13개의 허브터미널(광역 터미널) 및 약 260여 개의 서브터미널(지역 터미널)을 구축하고, 각 서브터미널 1곳당 평균 8개의 집배점(대리점)을 설치하여 택배사업을 영위하고 있다. CJ사는 각 대리점과 위수탁계약을 체결하였고, 각 대리점주들은 택배기사들과 재차 택배 위수탁계약을 체결하였다. 택배기사들은 전국택배연대노동조합(이하, 택배노조)에 가입하여 활동하고 있다. 한편 CJ사와 직접 근로계약을 체결한 택배기사(이하, 직영택배기사)가 일부 있으나, 대부분은 대리점주와 위수탁계약을 체결한 택배기사들이 CJ사의 택배업무를 수행하고 있다.

택배노조 부산·울산·경남지부 창원성산지회는 2018. 4.경부터 각 대리점주들을 상대로 단체교섭을 요구하였으나 대리점주들은 교섭에 불응하였다. 2018. 6.경부터 창원성산지회의 조합원들은 택배분류작업에 비협조하는 방식

의 배송거부를 시작하였다(이 사건 파업의 정당성에 대해서는 별다른 다툼이 없다). CJ사는 위 파업으로 인해 분류작업이 이루어지지 않고 적치된 화물들을 창원성산터미널에서 부산사상터미널로 옮긴 후 직영택배기사를 통한 대체배송을 시작하였다.

CJ사가 직영택배기사를 대체인력으로 투입한 것에 대하여 택배노조의 부울경지부와 창원성산지회의 간부들과 조합원들은 실력행사를 통하여 대체근로를 저지하였다. 이들은 대체근로 현장인 부산사상터미널의 진출입로 등에 조합원 택배차량 6대를 주차하는 방법으로 직영택배기사 차량의 통행을 막았으며, 직영택배기사의 택배화물 운반을 손으로 붙잡거나 몸으로 막거나 밀고, 직영 택배차량 앞에 수십 명이 몸을 밀착하는 방법 등으로 차량 통행을 막았다.

실력행사에 의한 대체근로 저지를 주도한 노조간부 6인은 CJ사의 배송업무를 방해하였다며 ‘업무방해’의 혐의로 기소되었다. 판례에 따르면 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노조법) 제43조 제1항을 위반한 대체근로(즉, 위법한 대체근로)를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 정당행위로 인정될 수 있으므로,¹⁾ CJ사의 대체인력 투입이 ‘위법한 대체근로’인지가 쟁점이 되었다. 그런데 본 사안은 ‘간접고용관계’에서 발생했다는 점에서 복잡하다. 즉, 대리점주(하청회사)와 계약관계를 맺고 있는 택배기사들이 대리점주를 상대로 파업을 하였는데, CJ사(원청회사)가 자신의 직영택배기사를 대체인력으로 투입하였다는 점이다.

노조법 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.”고 규정하고 있는데, 여기에서 ① 대체근로 제한의무를 부담하는 “사용자”의 의미가 무엇인지, ② 그리고 “당해 사업”의 범위가 어떻게 되는지가 문제가 된다.

먼저 대리점주를 상대로 하는 택배기사 파업과 관련하여 CJ사가 노조법

1) “사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다.”(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결; 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결 등).

제43조 제1항의 ‘사용자’에 해당하는지에 대하여 대상판결은 노조법상 사용자 개념은 「근로기준법」상 사용자 개념보다 확장되어야 한다며, 2010년 현대중공업 판결의 법리(이른바 ‘실질적 지배력설’)²⁾를 적용하여 CJ사를 노조법 제43조 제1항의 사용자로 인정하였다. 대상판결이 제시한 근거는 다음과 같다.

대리점 택배기사는 CJ사가 제공하는 모바일 어플리케이션을 통해 업무를 수행한 점, CJ사는 어플리케이션으로 실시간 택배기사의 업무수행을 확인하거나 지시한 점, CJ사는 업무매뉴얼을 통해 각종 업무에 관한 지침을 준수하게 한 점, CJ사는 택배기사의 실적을 그 기사가 소속된 대리점과의 재계약 여부 시 반영한 점 등을 종합해보면, CJ사가 택배기사들의 작업 내용과 방법을 비롯한 각종 업무수행 및 근로조건 등에 직·간접적으로 관여해 온 사실을 인정할 수 있다. 따라서 CJ사는 택배기사들의 근로조건에 관하여 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으므로 노조법 제43조 소정의 대체인력 사용금지의무를 부담하는 ‘사용자’에 해당한다.

다음으로 CJ사가 직영택배기사를 대체인력으로 투입한 행위가 ‘당해 사업과 관계없는 자’를 대체한 행위에 해당하는지 여부에 대하여 대상판결은 ‘당해 사업’의 범위를 좁게 판단하고 있다. ‘당해 사업’의 범위는 대체근로로 말미암아 근로자들의 쟁의권이 침해되지 않도록 제한적으로 해석할 필요가 있다는 것이다. ‘당해 사업’의 범위를 지나치게 넓게 해석할 경우, CJ사와 같이 전국을 권역으로 사업을 하는 기업체에 대하여는 노조법에 따라 대체근로가 제한되는 경우를 사실상 인정할 여지가 없게 되어 범규정의 취지가 잠탈될 수밖에 없다는 점도 고려되어야 한다고 한다.

대상판결은 CJ사는 전국적 물류시스템을 통해 택배사업을 영위하고 있으므로 본질적으로 각 지역의 물류시스템이 상호 관련성을 가질 수밖에 없기는 하나, 각 지역 택배기사들의 업무 자체가 서로 일체로서 일관된 공정 아래에 관리되고 있다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 따라서 각 지역별 택배

2) “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 가입하는 등으로 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에서 정한 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.”(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

업무는 다른 지역의 택배업무와 일관된 공정하에 일체로서 이루어지고 있는 ‘당해 사업’에 해당되지 않으므로, CJ사의 대체인력 투입은 ‘당해 사업과 관계없는 자’를 대체 투입한 것으로 위법한 대체근로라고 판단하였다.

이처럼 ‘위법한 대체근로’라고 판단한 결과, 대상판결은 피고인들이 CJ사 직영기사들의 택배운송 업무를 방해한 것은 위법한 대체인력 사용 저지를 위한 상당한 범위 내의 실행행사에 해당하므로, 정당행위로서 위법성이 조각된다고 피고인들에게 무죄를 선고하였다.

대상판결은 결과적으로 피고인들의 업무방해 혐의에 대하여 무죄를 선고하였지만, 여러 지점에서 고민거리를 던져주고 있다. 첫째, 대상판결은 부당노동행위 주체로서의 사용자성을 판단하는 실질적 지배력설 법리를 적용하였는데, 이 법리가 노조법 제43조의 사용자를 판단할 때에도 적용될 수 있는가 하는 고민은 남는다.

둘째, 대상판결은 노조법 제43조 제1항을 해석함에 있어, ‘사용자’는 넓게 파악하면서 ‘당해 사업’은 좁게 파악하였다. CJ사와 대리점들은 긴밀한 유기적 관계에서 하나의 택배사업을 운영하고 있는데, ‘사용자’와 ‘당해 사업’의 의미를 상반된 방향으로 판단하는 것은 자칫 모순적이라 할 수 있다.

셋째, 사안의 택배사업 운영 방식을 보면 CJ사와 대리점들이 ‘하나의 사업’을 구성한다고 볼 수 있다. 나아가 대리점에서 벌어진 파업에 대하여 CJ사가 대체인력을 투입했다는 사실 자체가 ‘하나의 사업’이라는 강력한 증거이다. 이렇게 보면 실질적 지배력설을 통한 사용자성 판단은 불필요하게 되고, CJ사의 직영기사는 ‘사업과 관계있는 자’로서 적절한 대체근로에 해당할 수 있다. 이러한 해석론은 노조법 제43조 제1항의 ‘사용자’와 ‘당해 사업’을 같은 방향으로 넓게 파악하는 것으로 사용자의 대체근로의 여지는 커지는 반면, 단체교섭 등의 관계에서 사용자 책임은 강화될 수 있다.³⁾

넷째, 판례 법리에 따르면 위법한 대체근로에 대해서만 상당한 정도의 실력 저지가 인정되는데, 적법한 대체근로의 경우에는 어느 정도의 실력 저지

3) 노조법 제43조 제1항의 ‘사용자’를 파업근로자의 계약 상대방으로 좁게 해석한다면, 하청근로자의 파업에 대하여 제3자인 원청회사가 대체인력을 투입할 근거를 찾기 어렵다. 만약에 노조법 제43조 제1항이 계약상대방인 사용자의 대체근로 범위를 제한하는 규정이라면, 제3자의 대체인력 투입은 노조법 규정과 무관하게 위법할 수 있다. “제3자의 노동3권 침해행위이기 때문에 위법한 대체근로이다.”라는 이론 구성도 가능할 것이다.



가 인정될 수 있는지 또는 대체근로의 위법성을 불문하고 실력 저지의 정당성을 독자적으로 판단할 근거가 있는지 등도 고민해 볼 문제이다.

아직은 명쾌하게 정리하기 어렵다는 한계를 인정하며 고민거리(특히 복수의 기업체가 하나의 사업을 운영하고 있다는 사실)를 정리하는 선에서 글을 마무리한다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

비정규직

다시 소환된 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계

- 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결 -

【판결요지】

형식적으로 피고와 도급계약을 체결하고 소속 근로자인 원고로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고가 원고로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하다. 따라서 원고와 피고 사이에는 피고가 원고를 직접 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 봄이 타당하다.

그런데도, 그 판시와 같은 사정을 들어 ‘G 등’이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 갖추지 못하였다고 할 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것으로 볼 수 없다는 등의 이유로, 원고와 피고 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되었다는 원고의 주장을 배척한 제1심판결의 결론을 유지하였다. 이러한 원심판결에는 외형상 도급의 형태를 띠고 있지만 실질적으로는 그 수급인의 근로자와 명목상의 도급인 사이에 묵시적 근로계약관계가 있는 것으로 평가하여야 할 근로관계에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 있다.

근로자파견계약은 외부의 노동력을 마치 자신이 직접 고용한 근로자처럼 사용하기 위해, 즉 파견근로자와 사용종속관계를 설정하고 노동력을 제공받



는 것 자체를 목적으로 하는 반면, 도급계약은 ‘일의 완성’ 즉 노무제공을 통한 일정한 결과의 발생을 목적으로 하는 점에서 구분된다. 그런데, 이러한 본질적인 차이에도 불구하고 노동현장에서 이루어지는 원청업체에 대해 적법도급, 위장도급, 근로자파견 여부를 판단하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 1998. 7. 1. 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법) 시행 이후 불법파견 문제가 소송상 많이 다뤄져 왔는데, 일반적으로 하청업체가 사업주로서의 독립성을 결여한 원청업체의 노무대행기관에 불과해 하청업체 소속 근로자들과 원청업체의 사이에 묵시적 근로관계가 성립하는지 또는 설령 묵시적 근로관계가 성립하지 않더라도 원청업체, 하청업체 및 하청업체 소속 근로자들 사이의 실질은 근로자파견에 해당하므로, 파견법이 정한 바에 따른 고용의무를 부담해야 하는지 여부가 소송에서의 주된 쟁점이자 다툼이었다.

대법원은 현대미포조선 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)을 통해서 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계의 성립 인정 기준을 제시한 바 있다. 대법원은 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계를 인정하기 위한 요건에 대해 ① 하청업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결여해 원청업체의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, ② 사실상 하청업체 소속 근로자들은 원청업체와 종속적인 관계에 있고, ③ 실질적으로 임금을 지급하는 자도 원청업체이고, 근로제공의 상대방도 원청업체여서 하청업체 소속 근로자들과 원청업체 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 것을 요구하고 있다. 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 ① 하청업체가 형식적으로는 원청업체와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추고 있지만, ② 실질적으로는 (i) 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 (ii) 원청업체의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행했을 뿐이고 (iii) 오히려 원청업체가 하청업체 소속 근로자들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 결정했다면 해당 하청업체 근로자들과 원청업체 사이에는 직접 원청업체가 해당 근로자들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립한다는 것이다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결). 외형적으로는 원청업체와 하청업체 사이에 도급관계의 형식을 취했지만 하

청업체의 존재가 형식적, 명목적인 것에 불과하여 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 상태, 즉 하청업체의 법인격을 부인할 정도에 이르렀다면, 원청업체가 하청업체 해당 근로자를 직접 고용한 것으로 보게 되어 하청업체가 고용한 근로자와 원청업체 사이에 묵시적인 근로계약관계의 성립을 인정할 수 있다.

대법원이 현대미포조선 사건 판결 이후 원청회사와 하청업체 소속 근로자 사이의 묵시적 근로관계의 성립을 인정한 사례를 찾기 어려웠으나, 대상판결은 종래의 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계 성립 인정 기준 내지 판단 법리를 변경한 것은 아니지만, 원청업체와 하청업체 소속 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계의 판단 법리가 아직도 유효하다는 점을 다시금 확인시켰다는 점에서 의의가 있다.

대상판결의 기초사실을 살펴보면, 피고 주식회사 웰리브(이하, 피고 회사)는 대우조선해양 주식회사의 자회사로, 대우조선해양으로부터 단체급식, 수송, 시설물유지관리, 경비업 등 업무를 도급받아 수행해 왔고, 2007. 1. 1. 피고 회사의 직원이었던 D가 ‘웰리브투어’를 설립하고 사업자 등록을 마치자 같은 날 웰리브투어에 수송 업무를 맡기는 도급계약을 체결했다. 원고 A는 2007. 2. 22. 피고 회사의 하청업체인 웰리브투어와 근로계약을 체결하고, 그 때부터 통근버스 운행 등 수송 업무를 수행해 온 근로자로 피고 회사의 근로자임을 확인해달라는 주위적 청구와 함께 피고 회사가 고용의 의사표시를 하라는 예비적 청구를 제기하였다.

1심과 2심은 “웰리브수송 등이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않아 피고 회사와 원고 A 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다거나, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」의 적용을 받는 근로자파견에 해당하여 피고 회사에게 원고 A를 고용할 의무가 발생하였다고 인정되지 않는다.”라고 판시하여 묵시적 근로계약 관계 성립 주장을 받아들이지 않았다.

하지만 대상판결은 ① 피고 회사는 직원 정보 전산망에 웰리브투어 대표 D를 수송지원팀장으로 표기했고, 웰리브투어에 입사한 원고 A는 피고회사의 ‘수송지원팀’ 소속으로 표기되었으며, D는 피고 회사의 우수사원 해외연수 프로그램에 참여하기도 했던 점, ② 심지어 피고 회사는 2014. 12. 31.경 D의 정년퇴임식을 열어줬고 이후 촉탁직으로 채용하기도 하였는데, 피고 회

사의 전산망에는 D에 대하여 ‘입사일: 2015. 1. 1, 호칭: 대표, 보직: 대표, 부서명: 수송관리팀’으로 표기되었던 점, ③ D는 2015. 11. 1. 피고 회사의 직원이었던 F에게 웰리브투어를 양도할 때까지 계속 피고 회사의 직원으로서 웰리브투어를 운영하였으며, D가 웰리브투어를 피고 회사의 다른 퇴사 직원 F에게 양도하면서 업체가 ‘웰리브수송’ 등으로 바뀌기도 했지만, 실질적으로는 바뀐 업체 대표 역시 사실상 피고 회사의 직원으로 업무를 담당했으며, 원고 A 역시 그 과정에서 근로계약이 새로 바뀐 회사로 계속 승계된 점, ④ 웰리브수송에 지급한 도급계약 금액은 대부분 노무비이고 웰리브수송 소속 근로자들에게 지급할 금액을 세부적, 구체적으로 나누어 정하고 있고, 피고 회사와 웰리브수송 간 취업규칙도 전체 내용이 매우 유사하며, 피고 회사가 웰리브투어 직원에게 출장비 등 일비를 직접 지급하기도 했던 점, ⑤ 피고 회사가 웰리브수송을 포함한 협력업체 직원 채용을 안내하기도 하고 교육도 통합하여 실시하기도 하였고, 웰리브수송 근로자들이 피고 회사 직원을 대상으로 하는 상호회에 가입할 수 있도록 했으며, 피고 회사의 인사팀 직원이 웰리브수송의 대표나 직원의 문의에 대해 구체적으로 안내하기도 하였던 점, ⑥ 웰리브수송의 사무실은 소유권이 대우조선해양에 있고 피고 회사가 이를 임차한 다음 웰리브수송에 재임대해 제공하였고, 웰리브수송의 핵심인 수송 업무에 필수적으로 요구되는 차량도 대우조선해양이나 피고 회사 소유물이어서 사업경영상 필요한 물적 시설이나 자산 대부분을 독자적 또는 독립적으로 갖추지 못하였던 점 등을 들어 “웰리브수송 등은 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고 A로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로 원고 A와 피고 회사 사이에는 직접 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 봄이 타당하다.”고 판단하면서 원심을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다.

원청업체와 하청업체는 묵시적 근로계약관계 법리를 회피하기 위해 여러 장치들을 마련해 두는 경향이 있고, 실제 최근 법원이 하청업체에 최소한의 인적·물적 독립성이 구비되어 있는 경우에는 묵시적 근로계약관계 성립을 인정하는 데 소극적이었음을 부인하기 어려울 것이다. 원청업체가 하청업체

를 사용자로 내세워 근로계약의 당사자가 되게 함으로써 노동법상의 책임을 회피하려는 사례가 증대하고 있는 현실에서 실질적 고용관계의 형성 및 묵시적 근로계약관계 인정 여부를 좀 더 면밀하게 살펴 하청업체 근로자에 대한 노동법적 보호를 검토할 필요가 있겠다.

권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

기간제근로자 사용기간 제한에서 공개채용 절차와 계속근로 여부

- 대상판결 ① : 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결¹⁾ -
- 대상판결 ② : 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결²⁾ -

【판결요지】

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 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 기간제 근로자의 사용기간으로서 ‘계속근로한 총기간’에 포함되어야 한다. 다만 기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 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 ‘계속근로한 총기간’을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수는 없다.

- 1) 대상판결 ①의 경과: 전남지방노동위원회 2015. 7. 14. 판정 2015부해199(기각_근로자 패) → 중앙노동위원회 2015. 11. 18. 판정 2015부해794(초심취소_근로자 승) → 대전지방법원 2016. 11. 24. 선고 2016구합100033 판결(재심판정_취소_근로자 패) → 대전고등법원 2017. 6. 22. 선고 2016누13470 판결(1심_취소_근로자 승) → 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결(파기환송_근로자 패)
- 2) 대상판결 ②의 경과: 부산지방노동위원회 2016. 6. 13. 판정 2016부해188(인용_근로자 승) → 중앙노동위원회 2016. 10. 14. 판정 2016부해817(초심유지_근로자 승) → 대전지방법원 2017. 10. 25. 선고 2016구합105854 판결(기각_근로자 승) → 대전고등법원 2018. 6. 21. 선고 2017누14210 판결(기각_근로자 승) → 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결(기각_근로자 승)

1. 개요 및 법적 쟁점

지방자치단체 소속 공립학교에서 초·중등교육법령에 따라 기간제 근로계약을 체결하고 영어회화 전문강사로 근로하던 근로자들이 기간 만료로 근로관계가 종료되었는데 영어회화 전문강사로서 허용된 기간제근로자의 사용기간인 4년을 초과하여 근로하였으므로 기간 만료는 부당해고라고 주장하는 사건이다. 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호, 같은 법 시행령 제3조 제3항 제1호, 「초·중등교육법」 제22조 및 같은 법 시행령 제42조(“영어회화 전문강사를 기간을 정하여 임용할 때 그 기간은 1년 이내로 하되, 필요한 경우 계속근무한 기간이 4년을 초과하지 아니하는 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.”)에 따라 임용된 기간제근로자인 영어회화 전문강사는 2년의 사용기간 제한을 적용받지 않는 예외이기는 하나 4년까지만 가능하다. 따라서 기간제 근로계약이 반복 또는 갱신되어 ‘계속근로한 총기간’이 4년을 초과한 영어회화 전문강사는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보아야 한다(기간제법 제4조 제2항). 근로자들 4명은 5년에서 많게는 6년 6개월을 각각 근무하였으므로 무기계약근로자로 전환되었다고 보는 것이 일응 타당한 결론일 것이나 여기서 공개채용 절차가 개재된 경우를 계속근로 또는 근로관계의 단절로 볼 것인지가 법적 쟁점으로 부각되었다. 특히 대상판결 ①의 사안은 초심 지방노동위원회부터 대법원에 이르기까지 취소의 연속이었고, 중국에는 계속근로로 보아 근로자들의 손을 들어준 원심을 파기함으로써 근로자들이 패소하였다.

2. 대상판결들의 사실관계와 판단

(가) 대상판결 ①: 근로자1·2는 A·B초등학교에서 2010. 3. 1.~2014. 2. 28. 영어회화 전문강사로 근무하였다. A·B초등학교장은 위 근로자1·2에게 기간 만료에 따라 퇴직금을 정산·지급하였다. 사용자(광주광역시 교육청)³⁾는

3) 공립학교의 기간제 교사 등은 교원의 신분을 갖지 않은 자로서 「교육공무원법」의 적용을 받는 공무원이 아니고, 이들의 사용자는 사업주에 해당하는 지방자치단체이며, 해당 지방자치단체의 교육 사무에 관한 집행기관으로서의 권한을 부여받은 교육감은 사업경영담당자로서 사용자이다(「지방자치법」, 「지방교육자치에 관한 법률」 제18조 제2항 등).

소속 학교별로 2014년 영어회화 전문강사 공개채용 절차를 진행하였고, 공개채용 절차를 통해 근로자1은 다시 A초등학교에, 근로자2는 C초등학교에 각각 최종 합격하여 2014. 3. 1.~2015. 2. 28. 근무하고 기간 만료로 근로관계가 종료되었다. 공개채용 절차는 자격증 유무, 교육 경력 등을 평가기준으로 1차 서류심사를 통해 합격 인원의 2배수를 선발하고, 1차 서류심사 합격자들을 대상으로 교수·학습과정안 작성 및 이에 따른 영어수업 실연 및 영어 심층면접이라는 2차 심사를 거쳐 최종 합격자를 선발하는 방식이었다. 근로자들이 응시한 A·C초등학교에는 공개채용 절차에 각각 12명이 응시하였다. 사용자가 위 두 학교를 포함하여 학교별로 실시한 공개채용 절차에서 최종 선발된 영어회화 전문강사 43명 중 6명은 기간제 근로계약기간이 만료될 예정이던 기존 영어회화 전문강사가 아닌 신규응시자였다. 대상판결은 위 【판

〈근로자들의 근무 이력〉

	근로자	소속	근로계약기간
대상 판결 ①	근로자1	광주광역시 A초등학교	<ul style="list-style-type: none"> □ 2010. 3. 1.~2014. 2. 28.(4년:1년 단위로 반복갱신) 공개채용 절차 □ 2014. 3. 1.~2015. 2. 28.(1년)
	근로자2	광주광역시 B초등학교 광주광역시 C초등학교	<ul style="list-style-type: none"> □ 2010. 3. 1.~2014. 2. 28.(4년:1년 단위로 반복갱신) 공개채용 절차 □ 2014. 3. 1.~2015. 2. 28.(1년)
대상 판결 ②	근로자3	부산광역시 D중학교 부산광역시 E중학교	<ul style="list-style-type: none"> □ 2009. 9. 1.~2012. 2. 29.(2년 6개월) (별도의 채용 절차 없이 사용자가 관리하는 영어회화 전문강사 인력풀에 따라 E중학교로 이동) □ 2012. 3. 1.~2016. 2. 29.(4년:1년 단위로 반복갱신)
	근로자4	부산광역시 F초등학교 부산광역시 G초등학교	<ul style="list-style-type: none"> □ 2011. 3. 1.~2012. 2. 29.(1년) (별도의 채용 절차 없이 사용자의 동래교육지청에서 시행한 '2012학년도 초등 영어회화 전문강사 재배치 알림' 공문을 통해 G초등학교에 재배치됨) □ 2012. 3. 1.~2016. 2. 29.(4년:1년 단위로 반복갱신)

따라서 원칙적으로 지방자치단체가 피신청인으로서의 당사자 지위를 가지고 있으나 교육감을 당사자로 하여도 무방하다.

결요지】를 전제한 후 실질적인 공개채용 절차를 거쳤으므로 2014. 3. 1. 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 근로관계는 단절되었다고 판단하였다.

(나) 대상판결 ②: 근로자3은 D중학교에서 영어회화 전문강사로 2009. 9. 1.~2012. 2. 29. 2년 6개월간 근로계약을 반복·갱신하던 중 D중학교와 근로관계가 종료된 후 별도의 채용 절차 없이 사용자가 관리하는 영어회화 전문강사 인력풀에 따라 E중학교로 이동하여 E중학교장과 근로계약을 체결하고 2012. 3. 1.부터 2016. 2. 29.까지 매년 일정한 평가절차를 거쳐 1년 단위로 근로계약을 갱신·체결하면서 4년간 계속근무하였다. E중학교장은 2016. 2. 29. 근로계약기간이 만료되자 퇴직금 등을 정산·지급하였다. 근로자4는 F초등학교에서 2011. 3. 1.~2012. 2. 29. 영어회화 전문강사로 근무한 뒤 사용자의 동래교육지원청에서 ‘2012학년도 초등 영어회화 전문강사 재배치 결과 알림’ 공문을 통해 F초등학교에서 G초등학교로 재배치되어 2012. 3. 1.부터 별도의 채용절차 없이 매년 1년 단위로 일정한 평가를 거친 후 G초등학교장과 근로계약을 갱신·체결하여 2016. 2. 29.까지 4년간 계속근무하였다. 이와 같은 사실관계에 기초하여 노동위원회 및 모든 심급의 법원은 근무기간 중 소속 학교가 1회씩 바뀌었으나 사용자 소속 학교들 내에서 업무장소의 변경에 불과하여 이를 근로관계 단절의 징표라고 보기 어렵다고 판단하였다. 이 사안은 별도의 채용 절차 없이 사용자의 인사이동(인력풀 내지 재배치)에 따라 근로계약을 반복·갱신한 것으로 계속근로로 보는 데에 특별한 이견이 없다.

3. 대상판결의 의의와 한계

그간 대법원은 ‘계속근로한 총기간’의 산정방법과 관련하여 반복·갱신하여 체결된 근로계약 사이에 ‘공백기간’이 있는 경우에 대한 판단기준을 제시한 바 있다.⁴⁾ 대상판결은 여기에 한 발 더 나아가 ‘계속근로 여부에 대한 판

4) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2016두63705 판결: “기간제법 규정의 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 볼 때, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있는 경우에는 공백기간의 길이와 공백기간을 전후한 총사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간이 발생한 경위, 공백기간을 전후한 업무내용과 근로조건의 유

단기준'을 제시하였는데, 구체적으로 '기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우'를 판단하기 위한 요소를 위 【판결요지】와 같이 제시하였다. 이와 같이 제시된 판단기준에 따라 대상판결 ①은 실질적인 공개채용 절차를 거쳤으므로 근로관계가 단절되었다고 보아 계속근로로 판단한 원심을 파기·환송하였다. 대법원이 반복·갱신된 근로계약의 '체결과정'을 주목했다면, 원심은⁵⁾ 동일한 사용자 아래에서 4년을 초과하여 '계속근로한 결과'로 판단한 것이다. 대상판결에 대해 근로자 보호의 관점에서 원심처럼 판단해야 한다는 비판적 견해가 있으나 필자는 대상판결의 결론이 타당하다고 생각한다. 우리 기간제법은 사용기간을 제한하고 이를 초과할 경우 무기계약 근로자로 보는 입법체계이므로 만약 원심과 같이 동일한 사용자 아래에서 '근로한 결과'만을 두고 사용기간을 산정한다면 사용자는 2년(예외에 해당하는 경우는 대상판결의 사안처럼 4년)으로 계약기간이 만료된 기간제근로자에 대해 해당 업무 및 일자리에 응시하지 못하도록 제한을 두거나 공개채용시 탈락시키게 될 것이다. 더욱이 대상판결의 사안처럼 해당 지방자치단체 소속 공립학교에서 4년 동안 영어회화 전문강사로 근무하였고, 사용자가 무기계약근로자로 채용하지 않을 것이라면 더 이상 해당 지방자치단체에서 영어회화 전문강사로 근로할 수 없게 될 수도 있다. 현행 법체계에서는 대상판결의 결론이 불가피해 보인다. 이와 같은 현실적 문제는 사유제한 등으로 기간제법의 법체계를 개정하여 해결을 보거나, 지방자치단체는 모범적으로 기간을 정하여 채용할 필요가 없는 상시업무에는 무기계약직으로 전환하거나 채용해야 할 것이다.

강선희(법학박사)

사성, 사용자가 공백기간 동안 해당 기간제근로자의 업무를 대체한 방식과 기간제근로자에 대해 취한 조치, 공백기간에 대한 당사자의 의도나 인식, 다른 기간제근로자들에 대한 근로계약 반복·갱신 관행 등을 종합하여 공백기간 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가될 수 있는지 여부를 가린 다음, 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다.

5) 원심인 대전고등법원도 실질적인 공개채용을 거친 것으로 보았다.

객관적 사실인가 주관적 의사인가
- 2년을 초과하는 기간제 근로계약을 기간의 정함이 없는
근로계약으로 간주할 때의 판단기준과 관련하여
 - 대법원 2020. 8. 27. 선고 2017두61874 판결 -

【판결요지】

공개채용 절차를 거쳐 새로운 기간제 근로계약이 체결됨으로써 원고 근로자와 참가인 사용자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 그 시점에 근로관계는 단절되었고, 결국 「기간제법」(이하, 기간제법) 제4조에서 말하는 계속 근로한 총기간을 산정할 때 이 새로운 기간제 근로계약이 체결된 시점을 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.

사실관계를 요약하면 이렇다. 원고는 한 달의 기간을 정한 근로계약으로 채용되었다. 한 달 후 그 업무에 공개채용 절차가 진행되었고, 원고는 새로 1년의 기간을 정한 근로계약으로 채용되었다. 계약은 한 번 갱신되어 원고는 2년을 근무했다. 2년 후 다시 공개채용 절차가 진행되었고, 원고는 면접에서 탈락했다. 이에 원고는 자신이 기간제로 근무한 총기간이 1개월 더하기 2년으로 2년이 초과되므로 무기계약으로 간주되어야 하고 따라서 부당해고라고 주장하였다.

이 문제와 관련하여 대법원이 제시하는 법리는 다음과 같다.

기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제 근로자의 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 기간제 근로자의 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.¹⁾

이 법리에 근거하여 대법원은 공개채용을 “새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정”으로 인정한 것이다. 그러나 이 법리는 문제가 있다.

기간제법 제4조는 대법원이 제시한 구구절절한 사정들을 전혀 알지 못한다. 기간제법은 제4조 제1항 단서에서 기간제가 2년을 초과할 수 있는 사유를 명시한 다음, 이 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하면 무기계약으로 간주된다고 정하고 있을 뿐이다. 공개채용은 이 사유에 포함되지 않는다. 원고는 같은 곳에서 같은 업무를 같은 조건으로 2년 넘게 일했다. 그러면 무기계약으로 간주된다. 이것이 기간제법의 규정이다.

이것은 2년을 초과하는 기간제 근로계약을 무기계약으로 간주할 때의 판단기준과 관련하여 객관설의 입장을 취한 것이다. 즉 계약의 형식이나 당사자의 주관적 의사가 아니라 2년을 초과하여 일하였다는 객관적 사실에 근거하는 것이다.

반면에 대법원은 주관설을 취하고 있는 것으로 보인다. 그것은 특히 위에서 인용한 법리에서 “기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사”를 고려사항으로 명시하고 있는 점에서 드러난다.

판결문 곳곳에서도 주관설에 입각한 표현이 많이 보인다. 예를 들면, 공개채용 절차에 따른 계약은 최대 2년으로 하기로 “합의”하였다거나, 사용자는 근로자를 계속 채용하겠다는 “의사”를 가지고 있지 않았거나, 근로자는 계약을 반복하거나 갱신한다는 “인식”이나 “의사”가 있었던 것으로 보이지 않는다거나, 공개채용 절차가 기간제법을 회피하기 위한 “의도”로 이루어진 형식적인 절차로 볼 수는 없다거나 하는 등의 실시 부분이 그렇다.

1) 이 법리는 2020년 8월 20일 두 개의 대법원 판결에서 처음으로 제시되었다. 이에 대해서는 강선희(2020), 「기간제근로자 사용기간 제한에서 공개채용 절차와 계속근로 여부」, 『노동리뷰』 10월호, pp.85-88을 참조하였다.

대상판결은 공개채용의 의미를 강조하기 위하여 계약직원 인사세칙을 길게 인용한다. 형식적 절차가 아니라 실질적인 절차였다는 점을 강조하기 위해서일 것이다. 하지만 공개채용은 계약의 체결방식 중 하나에 불과하다. 즉 계약의 형식에 불과하다. 인사세칙에서 정한 대로 절차를 진행하였다고 하더라도 달라지는 건 없다. 더군다나 인사세칙은 사용자가 단독으로 작성한 것이다.

기간제법은 객관설을 지지하고 있는데 대상판결은 주관설을 택하고 있다.

사실 우리 대법원은 도급계약 등을 근로계약으로 재분류하는 것, 간접고용을 직접고용으로 재분류하는 것 또는 기간제 근로계약을 무기계약으로 재분류하는 것 등 이른바 근로계약의 재분류 문제에 있어서 다분히 주관설에 경도된 입장을 보이고 있다고 평가된다. 예를 들어 「근로기준법」상의 근로자성 판단에 있어서 대법원은 “계약의 형식이 「민법」상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이” 그 실질에 따라서 판단해야 한다는 법리를 제시하면서도, 당사자들의 의사를 배제해야 한다는 점을 명시적으로 언급하지는 않는다.

반대로 노동법 선진국의 판례는 객관설을 분명하게 표명한다. 즉 계약의 형식이나 당사자의 의사를 고려하면 안 된다는 점을 명시적으로 강조하고 있다. 종속적 노동관계에서는 당사자의 의사의 왜곡 또는 일탈이 언제나 있을 수 있기 때문이다.

재분류의 개념 자체가 그렇다. 당사자들이 합의해서 부여한 계약의 주관적 법형식에도 불구하고 객관적 공서(公序)에 근거하여 계약의 법형식을 재분류해서 일정하게 강제하겠다는 것이므로. 그래서 재분류를 독일에서는 법형식강제라 하기도 한다. 용어는 다르지만 노동법 선진국은 모두 유사한 법제를 가지고 있다. 당사자의 의사가 허위나 착오이기 때문에 그런 것만은 아니다. 객관설은 당사자의 주관적 의사가 유효하게 성립할 수 있는 객관적 경계에 관한 것이다.

우리 판례에서는 이 부분이 결여되어 있다. 물론 명시적으로 언급하지는 않지만 실제의 판단에서는 고려한다고 주장할 수도 있다. 계약의 형식이나 당사자의 의사나 결국 같은 말이 아니냐 하면서. 하지만 판결문에서 실제로 나타나는 법리적 오류를 보건대 그렇지 않은 것 같다.

이른바 특고 계약에서는 종속관계를 보여주는 징표들이 계약서에 포함되



어 있는 경우가 많다. 법원은 이를 종속적 사실관계로 해석하는 것이 아니라 반대로 계약서의 단순 이행으로 해석하는 오류를 범한다. 예를 들어 9시에 출근해서 6시에 퇴근한다는 내용이 계약서에 명시되어 있으면, 실제로 그렇게 출퇴근을 하더라도 그것은 종속성을 드러내는 사실관계가 아니라 계약서에 따른 결과일 뿐이라고 해석하는 식이다.

그러나 사용자의 구체적 지시에 의한 것이든 사전에 계약서에 명시된 바에 의한 것이든 상관없이, 근로자가 정시출근 정시퇴근을 한다는 사실은 종속적 관계에서 근로를 제공하고 있다는 사실을 드러내는 징표로 해석되어야 한다. 사실의 원인은 묻지 않는다. 객관적으로 드러난 사실 그 자체로서 판단한다. 그것이 실질에 따른 판단이고 사실 우선의 판단이다. 그것이 객관설이다.

판례는 계약의 형식에 상관없이 실질에 따라서 판단해야 한다고 객관설을 지지하는 듯 하면서도, 당사자의 의사를 배제하지 않음으로써 결과적으로 계약의 형식에 좌우되는 우를 범하고 있다. 특고의 근로자성을 부정하는 몇몇 판결에서는 계약의 명칭이 근로계약이 아니라 업무위탁계약이라는 점을 판단 근거로 삼기도 한다. 모두 당사자의 의사에 과도한 의미를 부여하기 때문이다.

어쩌면 판례는 당사자의 의사가 허위이거나 착오에 의한 것인 경우에만 문제 삼으려는 것인지도 모른다. 진정한 의사로 인정되는 경우에는 객관적 사실보다 주관적 의사를 우선하겠다는 것으로도 읽힌다. 대상판결도 그 입장에 동참하고 있는 것 같다.

박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

차별 시정 사건에서 불리한 처우와 합리적 이유 판단의 기준

- 대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47857 판결 -

【판결요지】

1. 비교대상 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자 중에서 선정하여야 하고, 이러한 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다.

2. 비교대상 근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제 근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지 판단해야 한다. 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 곤란하거나 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.

3. 임금 세부 항목별이 아닌 각 범주별로 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 때에는 합리적 이유가 있는지 여부도 범주별로 판단하여야 한다.

지난 2015년 카지노 딜러로 일하던 기간제근로자들은 정규직 딜러에게 지

급되는 특별상여금과 호텔봉사료가 자신들에게 지급되지 않는다는 이유로 회사를 상대로 차별 시정을 신청하였다. 노동위원회는 차별적 처우를 인정 하였으나, 대상판결의 원심은 사용자의 미지급이 기간제근로자임을 이유로 하는 불리한 처우에는 해당되나 합리적인 이유가 있는 차별이라고 보았다. 이 사건의 쟁점은 3가지다. 1) 가상의 비교대상 근로자 선정은 타당한가? 2) 불리한 처우 판단 기준은 어떻게 설정해야 하는가? 3) 불리한 처우 판단에서 드러난 차이에 대해 합리적 이유 여부는 어떻게 판단해야 하는가?

1) 기간제근로자가 차별을 주장하려면 반드시 ‘누구에 비해’ 차별을 받았다고 하는, 비교대상을 정해야 한다. 그 대상은 ‘동종 또는 유사한 업무’에 종사하는 정규직으로 아무리 내가 받고 있는 차별이 부당한 것이라 해도 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 정규직이 없으면 그 차별은 구제받지 못한다. 그간 다수의 차별 시정 사건의 쟁점은 비교대상 근로자의 존재 여부였다. 차별 판단의 핵심이 차별의 합리성이 아니라 비교 대상의 타당성에 있었던 것이다.

대상판결 역시 비교대상 근로자 여부가 문제가 되었다. 특히 비교대상을 가상(假象; imagination)하여 정할 수 있는지가 쟁점이었다. 대상판결의 기간제근로자들은 정규직 근로자 중 가장 낮은 처우를 받는 1호봉보다 더 낮은 근로조건을 가진 근로자이다. 노동위원회는 (근로자 측 주장을 받아들여) 1호봉 아래 가상의 마이너스 호봉을 만들어 이들을 비교대상 근로자로 보았다(중앙노동위원회 2015. 4. 13. 판정 중앙2015차별2). 하지만 행정법원 이래 본 판결까지 법원은 이러한 방식을 인정하지 않았다. “당해 사업 또는 사업장에 실제 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다.”는 이유에서였다.

비교대상 근로자에 대한 대상판결의 의의를 “직제에 존재하지 않는 근로자는 비교대상 근로자로 삼을 수 없다.”에 둘 수도 있을 것이다. 하지만 본 판결은 비교대상 근로자는 직제만 존재하는 것으로 충분하고 “실제 근무하고 있을 필요는 없다.”에 그 의의가 있다. 동종 유사한 업무에 정규직 근로자가 종사한다는 것은 직제가 존재해야 가능하다. 존재하지 않는 직제에서 정규직이 근로하는 경우는 거의 없다. 대상판결의 의의를 직제 존재 여부로 보는 것은 당연한 논리적 귀결을 한 번 더 반복하는 것에 불과하다. 직제만 존

재한다면 실제 근무할 필요까지는 없다고 해석하는 것이 제도 취지에 부합할뿐더러 논리적으로도 타당한 설명이 된다. 대상판결은 이처럼 비교대상 근로자의 ‘실제 근무 요건’을 부정함으로써 비교대상 근로자 판단의 요건을 완화하였다는 데 그 의의가 있다.

2) 대상판결은 불리한 처우 여부 판단에 대한 일반 법리를 제시한 최초의 판결이다. 비정규직 근로자에게 불리한 처우가 있는지를 판단하기 위해서는 정규직, 비정규직 간 같은 항목을 비교하는 것이 가장 명확하다. 임금의 경우라면 기본급끼리, 상여급끼리 비교하면 된다. 하지만 비정규직 근로자의 임금 체계는 정규직과 차이를 보이는 경우가 많다. 최저임금 위반 회피나 계산의 편의 목적으로 사용자가 항목을 단순화하기 때문이다.

대상판결은 이러한 사정을 잘 감안하였다. 불리한 처우 판단의 기본값은 ‘항목별 비교’이지만 항목이 다르거나 비교가 곤란한 등의 사정이 있다면 ‘범주별(categorizing) 비교’를 해야 한다고 본 것이다. 사실 이러한 범주별 비교는 새삼스럽지 않다. 대상판결의 원심 역시 범주별 비교를 하였고 다수의 하급심 역시 범주별 비교를 시도하였기 때문이다(서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30189 판결, 서울행정법원 2013. 4. 5. 선고 2012구합30080 판결). 하지만 대상판결은 지금까지 소정근로를 기준으로 범주를 나눈 이전 판결과 달리 종합적 고려 요소를 통해 범주를 나누었다. 향후 범주화는 대상판결이 정한 “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 등”이 그 기준이 될 것이다. 이는 향후 차별시정 사건에서 범주를 나누는 기준 자체의 합리성도 중요한 쟁점이 될 수 있음을 의미한다. 또한 사용자 스스로 합리적 범주 기준을 마련해야 한다는 뜻이기도 하다. 이런 측면에서 보면 대상판결이 가지는 의의는 크다. 그럼에도 본 판결은 실제 법리 적용에서 그 한계가 있다.

본 사건의 정규직 딜러는 기본급, 벽지수당, 고객센터수당, 정기상여금은 물론 특별상여금과 호텔봉사료까지 지급받았다. 하지만 기간제 딜러는 기본급여만 지급받았고 특히 문제가 된 특별상여금(설·추석·하계휴가·연말에 각각 지급)과 호텔봉사료는 지급받지 못하였다. 대상판결의 원심은 모

든 임금 항목이 소정근로의 대가라 하여 이를 하나의 범주로 보았다. 이와 달리 대상판결은 모든 항목을 하나의 범주로 보되 호텔봉사료만은 별도의 범주로 나눴다. 그러면서 대상판결은 호텔봉사료를 별도로 나눈 것은 다른 지급 항목과는 달리 급여규정 등에 지급 근거가 없고, ‘호텔봉사료 지급 기준’에 따라 기간제 달러를 제외한 전 직원에게 균등하게 지급되었으며 그 금액도 일정하지 않았기 때문이라 설명한다.

이러한 설명대로라면 별도의 지급 기준 대신 급여 규정에 지급 근거가 있는 것이라면 모두 하나의 범주가 된다는 해석이 가능하다. 가령 문제가 된 이 사건의 특별상여금이 그렇다. 해당 특별상여금은 설·추석 명절과 휴가, 연말에 지급되어 기본급 등과 본질적으로 지급 성격의 차이가 있다. 그럼에도 대상판결은 특별상여금을 기본급 등의 임금 항목과 동일한 범주로 구분하였다. 그 이유에 대해서도 대상판결은 설명하지 않는다. 호텔봉사료에 대한 판결의 내용을 통해 특별상여금은 기본급 등과 같은 급여 규정에 지급 근거가 있어 하나의 범주로 본 것이라 유추할 뿐이다. 이러한 해석대로라면 범주별 비교는 별다른 의미가 없다. 대부분 임금 항목은 동일한 급여 규정에 그 지급 근거가 마련되어 있기 때문이다. 법리의 취지에 따른다면 특별상여금 역시 별도 범주로 보는 것이 옳다.

3) 대상판결은 불리한 처우 판단을 범주별로 하였다면 차별의 합리적 이유 판단 역시 범주별로 하여야 한다고 본다. 소정근로를 범주의 기준으로 본 일부 하급심은 소정근로와 관련된 임금 항목 범주는 총액을 기준으로, 그 외 항목 범주는 항목별로 유·불리를 판단하였다. 하지만 대상판결은 소정근로 범주를 포함한 모든 범주에서 합리적 이유의 판단이 별도로 이루어져야 한다고 보았다. 여기서 합리적 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 것을 뜻한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두 7045 판결).

대상판결이 모든 범주의 합리적 이유를 강조한 것은 향후 보다 강화된 심사 기준이 합리성 판단 단계에서 이루어질 수 있음을 의미한다. 범주를 나누더라도 각 범주에서 단순한 총액 비교를 넘어 비정규직에게 차이를 둔 이유까지 설명해야 하는 것이다. 이런 측면에서 합리성 판단에 대해 대상판결이

가지는 의의 역시 상당하다. 하지만 불리한 처우 판단에서도 그렇듯 실제 법리 적용에서 대상판결은 한계를 가진다.

불리한 처우 판단 단계는 합리성 심사의 전 단계일 뿐 아니라 심사의 엄정성을 담보할 잣대로서의 역할을 한다. 만약 이 사건 특별상여금을 별도의 범주로 분류하였더라면 합리성 심사 단계에서 비정규직 근로자에게 이를 지급하지 않은, 달리 처우할 필요에 대한 합리적 이유를 사용자가 제시할 수 있어야 한다. 하지만 본 사건은 그렇게 진행되지 않았다. 특별상여금 미지급에 대한 합리성을 판단하는 대신 특별상여금이 포함된 전체 범주를 두고 합리성 여부를 따지게 된 것이다. 대상판결은 그 전체 범주를 볼 때 기간제 딜러들은 정규직 딜러와 업무숙련도, 근무 경력, 수행 업무의 차이가 있어 특별상여금을 지급하지 않은 것은 합리적 이유가 있다고 결론내린다. 왜 자신들에게 특별상여금을 지급하지 않느냐고 묻는 근로자들에게 특별상여금은 그것만 떼어놓고 볼 것이 아니라, 정규직이 받는 (호텔봉사료를 제외한) 임금 항목 전체와 비교해 봐야 한다는 것이다. 그렇게 해야 할 이유는 명확히 설명하지 않은 채 말이다. 결국 이 사건은 기간제 딜러의 전체 급여와 정규직 딜러의 호텔봉사료를 제외한 급여 전체를 총액 비교한 것과 거의 유사한 결론에 이르게 된다.

비정규직 차별시정 제도의 핵심은 차별의 합리성 여부이다. 제도 도입 십년을 훌쩍 넘어 겨우 대상판결을 통해 불리한 처우와 합리적 이유 판단의 일관된 법리가 마련되었다. 하지만 여전히 실제 사건에서 그러한 법리가 어떻게 유기적으로 적용될 것인지는 여전히 숙제로 남겨져 있다. 합리적 차별에 대한 논의는 그래서 이제 막 시작되었다.

김영택(법학박사)

계열사 간 전출도 근로자파견이 될 수 있다

- 서울고등법원 2019. 11. 12. 선고 2019나2001310 판결 -

【판결요지】

1. 근로자파견을 ‘업’으로 하는 파견사업주가 행하는 근로자파견만 파견법상 근로자파견에 해당하여 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법)이 적용된다. 이때 근로자파견을 ‘업’으로 하였는지 여부는 파견을 한 경위, 파견행위의 반복·계속성 여부, 규모, 횟수, 기간, 영업성의 유무 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 하고, 반드시 영리의 목적이 요구되는 것은 아니다. 또한 근로자파견을 ‘업’으로 하였다고 인정되는 이상, 계열 회사 간 전출이라는 이유로 파견법의 적용이 배제되지는 않는다.

2. SK플래닛 등이 원고들을 전출시킨 것은 실질적으로 근로자파견에 해당하고, SK플래닛 등은 근로자파견을 업으로 하였다고 인정되므로, 그에 대하여는 파견법이 적용된다. 그런데 SK플래닛 등이 근로자파견사업 허가를 받았다고 볼 증거가 없으므로, 피고는 파견법 제6조의2 제1항 제5호, 제7조 제3항에 따라 원고들에게 고용의 의사표시를 할 의무가 있다.

대상판결은 계열사 간 전출도 일정한 경우에 불법파견에 해당한다고 하여, 전출을 활용하는 기업들에게 적잖은 파장이 될 것으로 보인다. SK플래닛과 SK테크엑스(이하, 통틀어 지칭할 때에는 SK플래닛 등)¹⁾는 자신의 근로자들(원고들)을 SK텔레콤(피고)의 ‘T밸리 사업’ 조직으로 전출시켰다. SK플래닛 등이 피고의 자회사이긴 하나, T밸리 사업은 기본적으로 피고가 주도한 사업이다. SK플래닛 등은 T밸리 사업과 관련하여 2015년 1월부터 2017년 6월경까지 2년 6개월 동안 ‘매월’ 최소 8명에서 최대 121명에 이르는 다수의 근로자들을 피고에게 전출시켰다. 이것이 통상적인 ‘전출’인지, 아니면 파견법에 따른 ‘근로자파견’인지가 쟁점이다.

1) SK테크엑스는 2018. 9. 7.경 SK플래닛에 흡수합병되었고, 이에 따라 원고들은 다시 SK플래닛 소속이 되었다.

원고들은 피고를 상대로 근로자지위확인의 소를 제기하였다. 원고들은 “원고들과 피고 사이의 관계는 근로자파견관계에 해당하고, SK플래닛 등은 근로자파견업 허가를 받지 아니하였으므로, 피고는 파견법에 따라 원고들을 파견받은 때부터 직접고용의무를 부담한다.”고 주장하였다. 반면 피고는 “원고들을 전출시킨 것은 인력교류, 경력개발 등을 목적으로 한 계열 회사 간 전출일 뿐 파견에 해당하지 않는다. 설령 원고들과 피고의 관계가 파견에 해당한다 하더라도, 이는 비사업적 파견에 해당하므로, 그에 대하여 파견법은 적용되지 않는다.”고 주장하였다.

전출의 특성상 피고가 원고들의 업무수행에 대한 지휘·명령권을 행사했다는 점은 피고도 인정하고 있으므로, 쟁점은 SK플래닛 등이 근로자파견을 ‘업’으로 했는지 여부이다. 파견법에 따르면, 파견사업주란 “근로자파견사업을 하는 자”(제2조 제3호)이고, 근로자파견사업이란 “근로자파견을 업(業)으로 하는 것”(제2조 제2호)이기 때문이다.

대상판결은 “SK플래닛 등이 상당한 규모의 자산과 독립적 기업조직을 갖추고 있다는 점을 감안하더라도, SK플래닛 등이 원고들을 전출시킨 것은 실질적으로 근로자파견에 해당”하고, “SK플래닛 등이 T밸리 사업과 관련하여 근로자들을 피고로 전출시킨 것은 사회통념상으로도 근로자파견을 ‘업’으로 한 것에 해당한다.”고 판단하였다. 대상판결이 SK플래닛 등 전출행위를 ‘통상적인 전출’이 아닌 ‘근로자파견’으로 판단한 주요 근거는 다음과 같다.

첫째, 장기간에 걸쳐 대규모의 인원을 기간조차 정하지 않은 채 계속적·반복적으로 전출시킨 점이다. 특히 SK테크엑스는 2016년에 149명, 2017년 107명의 근로자들을 전출시켰는데, 이는 SK테크엑스의 2016. 12. 31.자 기준 근로자 총인원 422명의 35.3%, 2017. 12. 31.자 기준 근로자 총인원 511명의 20.9%에 이른다. SK플래닛 등이 다른 계열사(행복나눔재단 등)로 전출시킬 경우에, 소수의 근로자들을 그 근무처 및 전출기간을 특정하여 전출시킨 것과 대조된다.

둘째, 정규직 외에 계약직과 파견직도 전출시킨 점이다. SK플래닛 등은 T밸리 사업과 관련하여 정규직과 계약직의 형태로 신규채용하여 전출시켰다. 또한 SK플래닛 등은 다른 파견사업주로부터 파견받은 근로자(파견직)도 전출시켰다. SK테크엑스는 2016. 3. 1.경부터 2016. 6. 30.경까지 피고에게 약 200명의 근로자를 전출시켰는데, 그중 계약직 근로자는 약 30명, 파견근로자는 약 20명이다.

셋째, 신규채용 후 곧바로 진출시킨 점이다. 피고는 자신의 T밸리 사업에 필요한 근로자의 신규채용 필요성을 스스로 판단하고, 나아가 채용공고부터 최종합격자 선정까지 그 채용 과정을 총괄 진행하였다. 다만, T밸리 사업에 필요한 인력을 SK플래닛 등을 통하여 고용하는 것을 원칙으로 정하였다. SK플래닛 등은, 원고들을 비롯하여 피고가 T밸리 사업에 필요하다고 최종적으로 선정한 근로자들을 신규로 고용한 후 곧바로 피고로 진출시켰다.

위의 세 가지 점을 종합했을 때, SK플래닛 등의 진출행위를 인력교류나 경력개발 등을 목적으로 하는 계열사 간의 통상적인 진출로 보기 어렵다는 대상판결의 판단은 타당하다. 즉, SK플래닛 등은 피고의 T밸리 사업을 위하여 계속적·반복적으로 대규모 인원을 진출시켰는바, 이는 SK플래닛 등이 T밸리 사업과 관련해서는 근로자파견을 ‘업’으로 한 것으로 볼 수 있다. 대상판결은 진출의 형식을 빌려 실질적으로는 근로자파견을 행하는 기업 관행에 제동을 걸었다는 점에서 의의가 있다. 아래에서는 대상판결이 직접 실시하지 않은 부분에 대한 이야기를 좀 더 해본다.

파견법상 근로자파견은 ‘사용사업주-파견사업주-파견근로자’라는 3자관계를 전제로 한다. 대상판결에 따르면 SK플래닛 등이 ‘파견사업주’가 되는데, 다음과 같은 의문이 들 수 있다. 일반적으로 파견사업주는 (적법파견이든 불법파견이든) 인력공급업체에 불과하다. 즉, 다른 기업에 인력을 공급하는 것이 사업의 목적이다. 따라서 “SK플래닛과 같은 대기업이 인력공급업체라니”라는 의문이 드는 것은 자연스럽다.²⁾ SK플래닛은 ‘커머스 플랫폼 및 디지털 콘텐츠 사업’을 하는 기업으로서,³⁾ 기업 자체가 인력공급업체가 아님은 분명하다. 하지만 SK플래닛이라는 기업의 업무 중에 ‘T밸리 사업 관련한 진출 부문’을 ‘하나의 사업’으로 보고, 이 부문에 한정하여 SK플래닛이 인력공급업체(즉, 파견사업주)가 될 수 있다. 동태(動態)적 사업론⁴⁾에 따르면, 사업은 ‘기업 그 자체’일 수도 있지만, ‘기업의 일부’ 또는 ‘복수의 기업’일 수도 있다. 따라서 SK플래닛이라는 기업 자체는 파견사업주가 아니지만, 해당 기업

2) 대상판결도 SK플래닛 등이 “상당한 규모의 자산과 독립적 기업조직”을 갖추고 있다고 설명한다.

3) 위키백과(<https://ko.wikipedia.org/wiki>).

4) 박제성(2006), 『사업 개념의 재검토: 가능태로서의 사업』, 『노동법의 존재와 당위』, 박영사, p.57.

의 일부는 파견사업주가 될 수 있다.

근로계약에서 근로자의 상대방인 당사자는 사업주이다. 사업주란 근로자를 사용하여 ‘사업’을 하는 자이다(「산업안전보건법」 제2조 제4호; 「임금채권보장법」 제2조 제2호). 근로계약상 의무 주체인 사업주를 확정하기 위해서는 그 전제로서 사업의 의미를 밝혀야 한다. 그리고 사업은 노동관계법령에 자주 등장하는 용어이다. 그럼에도 현행 법령상 사업에 대한 정의 규정은 없다. 정의 규정이 없다는 것은 다양한 해석을 가능케 해준다. 대상판결은 ‘기업의 일부’도 사업(즉, 사업주)이 될 수 있다는 점을 보여줬다. 결과적으로 사업의 의미를 다양하게 해석하게 되었다.

이러한 판단은 과거에도 있었다. 현대자동차 불법파견 사건 중의 하나이다. 이 사건은 통상적인 사내하청의 3자관계(원청회사-하청회사-하청근로자)와 다른 4자관계였다. 현대자동차가 생산관리 또는 출고업무를 현대글로벌비스에 도급을 주고, 현대글로벌비스가 다시 하청회사에 하도급을 준 사건으로, ‘현대자동차-현대글로벌비스-하청회사-하청근로자’라는 4자관계가 형성되었다. 여기서 ‘현대자동차-하청근로자’ 사이에 근로자파견관계가 성립하는지에 대하여, 법원은 “목적적인 근로자파견계약 관계가 성립하였다.”고 하여 이를 긍정하였다.⁵⁾ 이른바 ‘목적적 근로계약관계 법리’가 하청회사의 사업주로서의 실체를 부정하는 법리라는 것을 감안하면, 위의 4자관계에서 법원은 현대글로벌비스의 사업주로서의 실체를 부정하고, ‘현대자동차-하청근로자’ 간의 직접적인 파견관계를 인정한 것이다. 현대글로벌비스라는 기업 그 자체의 실체가 부정될 수는 없다. 하지만 위의 사내하청과 관련해서는 현대글로벌비스의 일부도 하나의 사업이 될 수 있고, 현대글로벌비스는 그 한도 내에서 사업주로서의 실체가 부정된 것이다.

법원이 ‘기업의 일부도 하나의 사업이 될 수 있다.’라고 명시적으로 판단한 바는 없지만, 이미 법원은 그러한 결과를 보여주는 판단을 하였다. 이는 대상판결과 현대글로벌비스 판결에서 은연중에 드러났다. 향후에는 복수의 기업을 하나의 사업으로 판단하는 법리의 전개를 기대해 본다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

5) 서울중앙지방법원 2014. 9. 18 선고 2010가합112481 판결.

갱신기대권과 갱신 거절의 합리성

- 서울고등법원 2020. 1. 9. 선고 2019누49986 판결 -

【판결요지】

근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제될 때에는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 그 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 여부 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다.

갱신기대권의 법리를 살펴본다. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법)의 제정으로 현재는 효력을 상실한 근로계약 기간에 관한 「근로기준법」(이하, 근로기준법)을 보면, ‘근로계약은 기간을 정하지 아니한 것과 일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 것 외에는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.’(제16조)고 규정하였다. 이 규정에 따르면, 근로계약은 ①기간의 정함이 없거나, ②일정한 사업의 완료까지 정하거나, ③1년 이내로 정하여야 한다. 근로계약 기간을 강행규정으로 정한 법의 취지는 장기계약에서 생길 수 있는 인신구속의 폐해를 예방하기 위함이다. 예컨대 ①의 기간의 정함이 없는 경우, 근로자는 사직의 자유로서 언제든지 근로관계의 구속으로부터 벗어날 수 있고, ②의 일정한 사업의 완료까지 근로계약 기간을 정하면, 노사 당사자는 근로계약의 종기를 예측함으로써 불측의 피해를 줄일 수 있으며, ③의 1년 이내 기간 설정은 장기계약에서 우려되는 근로자의 구속을 예방할 수 있는 것이다.

이러한 법의 취지를 사용자의 관점에서 재해석하면, ①의 기간의 정함이 없는 경우, 사용자에게 의한 해고는 제한됨으로써 근로계약관계 해소에는 ‘정

당한 이유' 입증이라는 시간과 비용이 들고, ②의 일정한 사업의 완료까지 근로계약을 정하면, 사용자는 근로자의 일방적 사직에 따르는 불측의 피해를 줄일 수 있으며, ③의 1년 이내 단기간 근로계약을 체결하면 필요에 따라 갱신할 수 있는 유연성을 확보할 수 있다. 이러한 법규정의 이해에서 사용자는 고용의 유연성을 확보하면서 해고에서 발생하는 비용과 긴장관계를 회피하는 방책으로 '기간제 고용'을 다양하게 활용하였다. 즉 근로기준법은 명시적으로 1년 이내의 계약이라면 반복·갱신 횟수 및 총근로기간을 제한하지 않고 있었으므로 사용자는 기간제 근로계약을 이용하여 해고법리를 피하면서 고용을 유연하게 조정할 수 있었다. 이를 기간제근로자의 입장에서 보면, 계약기간 만료에 즈음하여 사용자의 일방적 근로계약 종료통보(이른바 관념의 통지)로 고용이 종료(실질적으로는 해고)될 수 있다는 불안정한 지위에서 자신의 노동법상 권리조차 제대로 주장하지 못하는 열악한 상태에 놓이게 되었다.

불합리한 기간제고용의 문제를 해결하고자 기간제법이 2007. 7. 1. 시행되었다. 기간제법은 비정규직의 다수를 차지하는 기간제근로자를 보호하기 위하여 차별적 처우를 시정하고, 근속기간 2년 초과 시 기간의 정함이 없는 계약으로 전환하는 데에 그 목적을 두고 있다. 기간제법 시행 전까지는 기간제 근로자의 고용보호는 법원의 해석에 맡겨졌다. 대법원은 '기간제 근로계약은 그 정해진 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료되는 것이 원칙이다.'는 입장을 견지하면서, 기간을 정하여 채용된 근로자라 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것이고, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 본다는 법리를 형성하였다(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17843 판결). 그러나 기간제 근로계약이 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정받을 수 있는 요건을 매우 엄격하게 적용한다는 비판으로부터 법리의 확장이 필요하게 되었다. 이후 대법원은 한국문화정책개발원 사건 판결에서 '재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권'을 처음으로 인정하여 '갱신기대권' 법리를 형성하였고(대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결), 서울특별시시설관리공단 사건 판결(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결)을 통해 갱신기대권 법

리를 정립하였다.

대법원이 정립한 갱신기대권 법리는 다음과 같다. (1) 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 해당 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, (2) 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 체결된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 해당 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에 갱신기대권이 인정되며, 갱신기대권의 존재에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자가 부담한다. (3) 정당한 갱신기대권에 대한 사용자의 갱신 거절이 유효하기 위해서는 사회통념상 상당하다고 인정할 수 있는 합리적 이유가 필요하지만, ‘합리적 이유’의 범위는 근로기준법 제23조 부당해고의 기준보다 완화된 기준을 적용하는 것이고, 갱신 거절의 이유가 되는 근로관계를 둘러싼 여러 사정은 사용자가 증명책임을 부담한다.

대상판결의 사실관계를 살펴보자. 점토벽돌을 제조·판매하는 A사 서울사무소 영업팀에서 근무하던 원고 근로자 갑(이하, 갑)은 매출부진으로 인한 서울사무실 폐쇄 등의 이유로 2017. 12. 회사로부터 사직 권고를 받았다. A사는 ‘매출부진 사유로 서울사무실을 폐쇄하기로 하였고, 본의 아니게 사직을 권고하며 근로 재계약을 하지 못하게 됨을 알려드린다.’고 통지하였다. 이에 갑은 A사의 갱신 거절은 부당해고에 해당한다며 노동위원회에 구제신청을 하였고(중앙2018부해403), 기각되어 소송을 제기한 사안이다.

갱신기대권 법리에 따라 대상판결은 (1) 근로계약서에 명시된 계약기간이 단지 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 계약으로 볼 수 있는지 여부, (2) 계약기간의 정함이 있는 경우 계약기간 만료 후에도 근로계약이 갱신될 것이라는 기대권이 인정되는지 여부, (3) 갱신기대권이 인정되는 경우 갱신 거절의 합리성이 있는지 여부를 차례로 검토하였다.

첫 번째 쟁점에 대하여, 처분문서인 근로계약서를 3번 작성하면서 1차 근로계약서는 계약기간을 2016. 6. 13.부터 2017. 6. 12.까지로, 2차 근로계약서는 2017. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지로, 3차 근로계약서는 2017. 4. 1.부터 2017. 12. 31.까지로 각각 정하여 그 문언에 명확하게 기간을 정한 점, 회사가 계약기

간의 정함이 없는 근로계약서(월급제)와 계약기간을 정한 근로계약서(연봉제)를 구분하고 있는 점, 갑이 담당하는 영업 업무는 영업실적에 따라 계약 연장 여부를 결정하여 탄력적으로 인력을 운영할 필요성이 있었다는 점 등을 들어 근로계약서상 계약기간이 형식에 불과하다는 갑의 주장을 배척하였다.

두 번째 쟁점에 대하여 대상판결은 근로계약서에서 ‘상호 간 특별한 이의 사항이 없으면 본 연봉계약의 효력 및 변경사항은 자동으로 연장 및 적용된다.’고 규정한 점, 영업 직무 근로자의 경우 근로기간을 정하여 근로계약을 체결한 후 계약 만료 시 영업실적, 근태현황을 고려하여 재계약 여부를 결정한 점 등을 종합하여 보았을 때 A사와 갑 사이에는 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있으므로 갑에게 근로계약이 갱신될 수 있다는 정당한 기대권이 있었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

세 번째 쟁점은 사용자의 갱신 거절에 대한 합리적 이유의 존부이다. 이에 대하여 대상판결은 갑의 영업실적이 다른 영업사원들과 비교해 실적이 매우 저조했다고 객관적으로 인정하기 부족하고, 반면 갑이 담당하는 영업업무에 대하여 채용을 공고한 점, 갑의 근태가 정확했고 직원들과의 관계도 좋았다는 점 등을 들어 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정하다고 보기 어렵다고 판단하였다.

대상판결의 특징은 일정한 실적이 요구되는 연봉제 영업직 근로자에 대하여 단지 ‘영업실적 저조’라는 이유만으로 갱신을 거부하는 것은 합리성이 있다고 보기 어렵다고 확인한 점이다. 요컨대 ‘영업실적 저조’가 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 사용자가 증명해야 하는 것이다.

노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

도급제 임금에서 시간급 통상임금 계산방법

- 울산지방법원 2020.2.19. 선고 2018가합24567 판결 -

【판결요지】

1. 원고들은 정수기 판매, 임대, 신규계약 또는 재계약 체결, 정수기의 유지·관리의 실적을 기준으로 책정된 수당을 합쳐 매월 지급받는 도급 근로자[「근로기준법」(이하, 근기법) 제47조]로 봄이 타당하므로, 「근로기준법 시행령」(이하, 근기법 시행령) 제6조 제1항 제6호에 따라 「도급제에 따라 계산된 임금의 총액」을 「해당 임금산정 기간의 총근로시간 수」로 나누어 시간급 통상임금을 계산한다.

2. 원고들의 매월 시간급 통상임금은 그 매달의 용역비를 매월의 총근로시간인 174시간으로 나눈 값은 표 「통상시급(월)」란 각 기재와 같다.

「근로기준법」상 근로자성이 문제되는 노무제공자(이른바 ‘특고’)의 보수체계는 거의 대부분 실적급제이다.¹⁾ 특고의 근로자성이 쟁점이 되었던 판례 중에 상당수는 부당해고, 퇴직금, 산재보상 사건이다. 이러한 사건에서 해당 특고의 근로자성이 인정되면 그 근로자의 ‘평균임금’을 계산해야 한다. 그런데 대상판결은 실적급을 받았던 특고인 원고들이 주휴수당·휴일근로수당·연차수당을 청구한 사건으로, 원고들의 ‘통상임금’ 계산이 문제되었다. 실적급을 받는 근로자의 통상임금이 쟁점이 되었다는 점에서 대상판결은 새롭다.

피고는 정수기 제조·판매·임대업 등을 목적으로 하는 회사이다. 원고들은 피고와 ‘용역위탁계약’을 체결하고 정수기의 필터교체·점검·수리·신규설치·이전설치 등의 업무를 수행하였다. 피고의 고객은 CMS관리고객(고정고객)과 일반고객으로 나뉘는데, 원고들의 주된 업무는 CMS관리고객에게 렌탈기간 동안 해당 정수기의 필터교체·점검·수리 등을 해주는 것이다. 피고는 ‘CMS관리고객이 지급한 1개월 동안의 관리비·렌트비의 23%에 해당하는 금액’과 ‘일반고객이 지급한 1개월 수금금액의 15%에 해당하는 금

1) ‘모든 특고는 실적급제이다.’라는 명제도 성립할 수 있다. 시간급제인데 근로자가 아닌 경우는 상정하기 어렵다.

액²⁾을 용역비 명목으로 원고에게 매달 지급하였다. 즉, 원고들은 기본급이나 고정급의 정함이 없이 업무의 성과나 실적에 따른 용역비를 받았다.

용역위탁계약을 체결한 원고들의 근기법상 근로자성이 먼저 문제가 되었는데, 이는 원고들이 제기한 선행소송(퇴직금 청구소송)에서 해결되었다. 울산지방법원 2017. 11. 2. 선고 2017가단52056 판결(이하, 선행판결)은 원고들의 근로자성을 인정하면서 퇴직금 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 피고의 항소 취하로 선행판결은 확정되었다. 선행판결은 원고들이 고객을 선택할 수 없고, 지정된 담당구역 내 고객의 정수기 관리업무를 수행하였으며, 사무실에 매일 출근하지는 않았으나 스마트폰 앱을 통하여 전달되는 기사계획표에 의해 지휘감독을 받았다는 점 등을 근거로 근로자성을 인정하였다. 한편 원고들이 매월 지급받은 용역비(실적급)의 금액에 대해서는 별 다툼이 없었다.(선행판결의 원고는 7명, 대상판결의 원고는 8명이다. 이 중에 선행판결과 대상판결에서 동일 원고는 5명이다.)

대상판결은 원고들이 주휴수당·휴일근로수당·연차수당을 청구한 사안이다. 먼저 피고는 ‘모든 법정수당이 포함된 용역비를 지급하는 포괄임금계약이다.’, ‘설령 포괄임금계약이 아니더라도 용역비는 월급제에 따른 것으로 주휴수당은 이미 포함되어 있다.’라고 주장하였다. 이에 대해 대상판결은 원고들의 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 때에 해당한다고 보기 어렵다고 하여 포괄임금계약의 성립을 부정하였다. 그리고 용역비는 월 단위의 주기로 지급한 것에 불과하고, 업무실적에 따른 수당의 경우는 특별한 사정이 없는 한 그 실적급에 주휴수당이 포함되어 있지 않다고 판단하였다.

또한 피고는 ‘원고들의 용역비는 업무실적에 의하여 결정되는 비고정적 수당으로, 기본급이나 고정급이 전혀 정해지지 않았으므로 통상임금에 속하지도 않는다.’라고 주장하였다. 그러나 대상판결은 “원고들은 정수기 판매, 임대의 신규계약 또는 재계약 체결, 정수기의 유지·관리의 실적을 기준으로 책정된 수당을 합쳐 매월 지급받는 도급근로자(근기법 제47조)로 봄이 타당하므로, 근기법 시행령 제6조 제1항 제6호에 따라 ‘도급제에 따라 계산된

2) 고객유치, 제품판매, 신규설치의 실적에 따른 수당이다. 수당의 차이는 여기서 발생하는 데, 그 비중이 크지 않다. 월 50만 원 정도의 차이에 불과하다.

임금의 총액'을 '해당 임금산정 기간의 총근로시간 수'로 나누어 시간급 통상임금을 계산한다.”라고 판단하였다.

근로계약은 근로자가 노동력의 처분권한을 사용자에게 맡기는 것이고, 구체적인 근로제공은 사용자의 지휘감독에 의해 실현된다. 따라서 근로계약은 기본적으로 근로시간과 임금의 교환(즉, 시간과 돈의 교환)이다. 하지만 경우에 따라 근로의 '시간'이 아닌 근로의 '실적·성과'에 따라 임금을 정할 수도 있다. 이와 같은 임금체계에서 일하는 근로자가 바로 근기법 제47조의 도급근로자이다. 특고의 근로자성이 인정되는 경우, 그 노무제공자는 도급근로자가 된다. 도급근로자는 성과급제 또는 실적급제 근로자로 이해하면 된다.

도급근로자의 '시간급 통상임금'(이하, 통상시급)은 근기법 시행령 제6조 제1항 제6호에서 규정하고 있다. 동 규정은 도급근로자의 임금을 “도급금액으로 정한 임금”이라 하고 있으며, 시간급 통상임금은 “도급제에 따라 계산된 임금의 총액”(분자)을 “해당 임금산정 기간의 총근로시간 수”(분모)로 나누어 계산한다. 대상판결의 사안에서 원고들이 매월 지급받은 용역비의 액수에 대해서는 별 다툼이 없었다. 문제는 원고들의 월별 '총근로시간 수'이다. 즉, 통상시급의 계산식에서 '분모'가 문제된다. 분자와 달리, 분모는 적을수록 근로자에게 유리하고 많을수록 사용자에게 유리하다.

이 사건 용역위탁계약에 출퇴근시간이나 업무수행시간이 명시되어 있지 않았고, 근로시간 그 자체보다 업무성과에 중점을 두었기에 근무시간을 구두로 확인한 바도 없었다. 판결문상 명확히 드러나지는 않으나, 원고들은 근로시간을 적게 하기 위하여 전산시스템에 접속한 시간을 기준으로 근로시간을 산정해야 한다고 주장한 것으로 추측된다. 하지만 대상판결은 전산시스템 접속 후후로 방문준비, 이동, 대기 등의 부수적 행위가 필연적으로 수반되므로, 로그 기록만으로 근로시간을 책정하는 것을 바람직하지 않다고 하였다. 대상판결은 피고의 '취업규칙'에 1주 40시간, 1일 8시간으로 규정한 점(제17조 제1, 2항), 사업장 밖 근로로 근로시간을 산정하기 어려운 경우 8시간을 근무한 것으로 보도록 규정한 점(제19조 제1항), 원고들은 대체로 8:30 또는 그 이전에 출근하여 16시 이후에 퇴근이 가능했고, 추가적인 설치나 수리 요청이 있으면 16시보다 더 늦게 퇴근한 점 등에 비추어, “피고에 의해 권장되고 또 원고들이 실제 근무한 시간에 가장 근접해 보이는 1일 8시간을 근로한 것으로 본다.”라고 판단하였다.

대상판결에 따르면, 원고들은 1일 8시간씩 5일을 근무했으므로 1주의 근로시간은 40시간이다. 이 40시간 외에 유급으로 처리된 시간이 존재하지 않으므로(원고들의 용역비에 주휴수당 미포함), 40시간에 4.345주³⁾를 곱한 ‘174 시간’이 매월의 총근로시간 수가 된다. 따라서 원고들의 통상시급은 매월 지급받은 용역비를 174로 나눈 금액이다. 예컨대, 원고 H의 경우 2015년 10월에 지급받은 용역비 3,546,010원을 174로 나눈 금액인 20,379원이 통상시급이다. 도급제 임금의 특성상 매월 지급받는 금액이 달라질 수 있으므로, 원고들의 통상시급은 매월 달라진다.⁴⁾ 즉, 금액이 ‘변동’하는 통상임금인 셈이다. 시간급제 임금에서 통상임금이 ‘고정’되어 있다는 점과는 다르다.

대상판결은 도급제 임금을 통상시급으로 환산하는 방법을 다뤘다는 점에서 새롭다. 시간과 친하지 않은 도급제 임금을 시간급으로 환산하는 것이기 때문이다. 그리고 도급제 임금은 임금항목이 매우 단순하다. “낮은 기본급과 포도송이처럼 수많은 수당이 덧붙여진 누더기 임금체계”⁵⁾라 평가되는 기존의 시간급제와 달리, 도급제 임금은 이러 저러한 수당들이 없다. 노무제공자의 실적에 일정한 비율만 정하면 충분하기 때문이다. 이런 특성으로 대상판결을 통해 두 가지 흥미로운 점이 발견된다.

첫째, 평균임금이 통상임금보다 더 적을 수 있다. 평균임금과 통상임금은 모두 도구개념으로 일정한 계산식이 필요하다. ‘분자’에는 임금의 액수가 들어가고, ‘분모’에는 일수 또는 시간 수가 들어간다. 일반적인 시간급제에서는 임금총액에 가산임금을 비롯하여 통상임금에 해당되지 않는 수당들이 포함되어 있기 때문에 평균임금 계산식의 ‘분자’는 통상임금의 그것에 비해 훨씬 크다. 따라서 특별한 사정⁶⁾이 없는 한 평균임금이 통상임금보다 더 크다.

그런데 도급제 임금에서는 평균임금과 통상임금 계산식의 분자에 큰 차이가 없다. 문제는 ‘분모’이다. 평균임금 계산식의 분모는 3개월 동안의 “총근로일수”가 아닌 “총일수”이다(근기법 제2조 제1항 제6호). 1953년 제정 근기법은 평균임금 계산식의 분모를 “총근로일수”로 규정하였으나, 1961년 개정

3) 1개월의 평균 주수

4) 원고 H의 통상시급은 19,096원(2015. 11월), 21,530원(2015. 12월), 22,134원(2016. 1월) 등이다.

5) 배규식(2014), 「2013년 노사관계 평가와 2014년 노사관계 전망」, 『노동리뷰』 1월호, 한국노동연구원, p.50.

6) 장기간의 무단결근, 구속으로 인한 직위해제·휴직 등.

법에서 “총일수”로 바뀌면서 평균임금은 종전보다 줄어들게 되었다.⁷⁾ 평균임금 계산식의 분모가 “총일수”가 되면서 필연적으로 통상임금 계산식의 분모보다 커지게 되었다. 분모가 커지면 평균임금 액수는 줄어든다. 따라서 평균임금과 통상임금 계산식에서 분자가 동일한 경우에는 분모 때문에 평균임금이 통상임금보다 적어진다.

원고 H의 경우 통상시급은 20,379원(2015년 10월), 19,096원(2015년 11월), 21,530원(2015년 12월), 22,134원(2016년 1월) 등이다. 그런데 선행판결(퇴직금 청구소송)에서 2016. 1. 16.자로 퇴직한 원고 H의 평균임금(1일분)은 115,976원이다.⁸⁾ 원고 H의 통상시급에 8시간을 곱하면 통상일급이 된다. 원고 H의 통상일급은 163,032원(2015년 10월), 152,768원(2015년 11월), 172,240원(2015년 12월), 177,072원(2016년 1월)이다. 이와 같이 원고 H의 평균임금은 통상임금보다 적다. 이는 원고들의 1일 근로시간을 8시간으로 판단했기 때문에 발생하는 결과이기도 하다. 만약에 원고들의 근로시간이 훨씬 더 길었더라면 통상임금이 더 적을 수도 있다.

이런 상황은 도급근로자에게만 발생하는 것은 아니다. 시간강제 근로자라 하더라도 임금항목이 단 하나(기본급 200만 원)뿐인 경우도 마찬가지이다. 평균임금과 통상임금 계산식의 분자가 동일하기 때문에 이 경우도 마찬가지로 평균임금이 더 적다. 이 경우 고용노동부의 행정해석은 근기법 제2조 제2항⁹⁾에 따라 일급 통상임금을 평균임금으로 보아 퇴직금 등을 산정해야 한다고 한다.¹⁰⁾

특고의 근로자성이 문제되었던 퇴직금, 산재보상 등의 사건에서 해당 특고(즉, 도급근로자)의 평균임금만을 계산하고 그쳤을 수 있다. 하지만 특고의 경우 평균임금이 통상임금보다 더 적을 수 있는데, 이는 도급제 임금의 특성 때문이다. 위의 원고 H의 사례를 통해 확인되었다. 향후 특고의 퇴직금, 산

7) 방강수(2019), 「통상임금 범리의 이원화(二元化)-가산임금 외의 ‘다른 수당’ 산정 시의 통상임금 범위」, 『법학논총』 36(4), pp.267~269.

8) 선행판결과 대상판결에서 원고의 실명은 확인할 수 없었다. 하지만 양 판결의 원고들의 입사일과 퇴사일에 비추어 보았을 때 동일 인물로 추정된다.

9) ② 제1항 제6호에 따라 산출된 금액이 그 근로자의 통상임금보다 적으면 그 통상임금 액을 평균임금으로 한다.

10) 근로개선정책과4026, 회시일자: 2012-08-06 [월 고정급을 기준으로 산정한 평균임금이 일급 통상임금보다 적은 경우 퇴직금 산정방법]

재보상 등의 사건에서는 통상임금까지도 계산해 볼 필요가 있다. 근기법 제2조 제2항이 평균임금의 최저한도를 통상임금으로 받쳐주고 있기 때문이다.

둘째, 도급제 임금에서도 결국은 근로시간(분모) 산정이 쟁점이 된다. 그런데 일반적인 근로시간 분쟁과는 양상이 다르다. 일반적인 분쟁에서 근로자는 더 많은 시간을 주장할 것이고 사용자는 더 적은 시간을 주장할 것이다. 기본적으로 근로시간은 임금산정의 기초이기 때문이다. 그러나 대상판결의 사안은 정반대이다. 통상임금 계산식의 ‘분모’인 근로시간을 산정하는 것이다. 사용자의 입장에서는 분모를 늘리기 위해 더 많은 근로시간을 주장할 것이다. 하지만 사용자의 이런 주장에는 위험도 있다. 근로시간을 더 늘리게 되면 최저임금 위반의 문제, 가산임금 지급의 문제, 1주 최대 52시간 제한의 문제 등이 발생한다. 사용자는 진퇴양난(進退兩難)에 빠질 수 있다.

하지만 노사 간의 주장이나 이해관계보다 더 근본적인 문제는 객관적인 근로시간의 산정이다. 시간과 친하지 않은 도급제 임금에서 어떻게 근로시간을 산정할지에 대한 고민과 연구가 필요하다. 근기법 제47조는 도급근로자에게 “근로시간에 따라 일액액의 임금을 보장하여야 한다.”는 규정이다. 이 규정은 1953년 제정법부터 존재했다. 입법자는 도급근로자에게도 근로시간이 있음을 애초부터 상정하고 있었다. 그런데 기업의 비(非)근로자화 또는 특고화에 따라 노동현장에서 특고가 확대되면서, 마치 특고는 근로시간과 무관하다는 관념이 만연해진 듯하다. 하지만 근로자성이 인정되는 특고(즉, 도급근로자)에게도 일정한 근로시간은 정해져 있으며 그 근로시간을 산정할 필요가 발생한다.

노동법 교과서에 간략히 소개되는 정도에 그쳤던 근기법 제47조의 도급근로자는 대상판결과 같은 특고 분쟁을 통하여 노동법에 전면적으로 등장하게 되었다. 실적급제의 보수를 받는 플랫폼 노동의 경우도 마찬가지이다. 대상판결은 은연 중에 잊고 지내던 근기법 제47조를 소환해 냈다. 이는 대상판결의 큰 성과이다.

사회보장, 노동시장

도급사업주 사업장에서의 수급사업주의 안전보건조치의무

- 대법원 2020. 4. 9. 선고 2016도14559 판결 -

【판결요지】

사업주가 고용한 근로자가 타인의 사업장에서 근로를 제공하는 경우 그 작업장을 사업주가 직접 관리·통제하고 있지 아니하다는 사정만으로 사업주의 재해발생 방지책의무가 당연히 부정되는 것은 아니다. 타인의 사업장 내 작업장이 밀폐공간이어서 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자과건관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법 제24조 제1항 제1호에 따라 근로자의 건강장해를 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 따라서 사업주가 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 법 제24조 제1항에 규정된 조치를 취하지 아니한 채 타인의 사업장에서 작업을 하도록 지시하거나 그 보건조치가 취해지지 아니한 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는 등 위 규정 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에는 법 제66조의2, 제24조 제1항의 위반죄가 성립한다.

현재와 같이 전면개정이 이루어지기 전의 구「산업안전보건법」(이하, 산업안전보건법)은 도급사업주의 사업장에서 일하는 사내하도급 근로자들의 건강과 안전을 위해서 그 근로자들의 근로계약상 사업주인 수급사업주와 도급사업주 모두에 대해 안전조치의무와 보건조치의무(이하, 안전·보건조치의무)를 부과하고 있다. 즉 사내하도급 근로자들과 직접적 고용관계를 맺고 있는 수급사업주에 대해서는 제23조와 제24조를 통해 안전·보건조치의무를

부과하고, 도급사업주에 대해서는 제29조 제3항을 통해 특별한 안전·보건 위험이 있는 장소에서 일하는 사내하도급 근로자들에게 안전·보건조치를 취하도록 의무를 부과하고 있다. 전자의 의무는 고용노동부령으로 정하게 되어 있고, 그 고용노동부령이 산업안전보건기준에 관한 규칙(이하, 산업안전보건기준)이다. 후자의 의무도 구체적인 조치사항에 대해 고용노동부령으로 정하도록 하고 있는데, 이것도 산업안전보건기준이 된다.¹⁾ 이 기준은 사업주별로 구별이 없이 구체적인 안전·보건조치 사항을 규정함에 따라 수급사업주가 제23조와 제24조에 따라 그 근로자들에 대해 취해야 할 안전·보건조치의무와 제29조 제3항에 따라 도급사업주가 일정한 조건의 사내하도급 근로자들에 대해 취해야 할 안전·보건조치의무가 동일해지며, 단지 사업주만을 달리하여 중복적으로 부과된다.

이러한 산업안전보건법의 규율하에서 2015년 1월 12일 LCD, OLED 등을 생산하는 E회사 파주공장에서 사내하도급업체 근로자 3명이 질소질식에 의한 산소결핍으로 사망하였다. 사망한 근로자 3명 중 2명은 C회사 소속이며, 1명은 D회사 소속이었다. C회사는 E회사 파주공장에서 자신이 공급한 장비의 유지·보수 업무를 수행하고 있었고, D회사는 C회사가 E회사에 공급한 장비의 부품을 생산하는 업체이다. 사망한 근로자 3명은 E회사의 사전 승인을 받아 사고 당일 장비의 유지·보수 업무를 수행하기 위해 파주공장을 방문하여 작업장소인 4번 체임버에 들어갔다가 이와 같은 사고를 당했다.

이 사고에 대하여 E회사 5명, C회사 2명, D회사 1명이 모두 업무상 과실치사상죄로 기소되었으며, 동시에 이들 중 산업안전보건총괄책임자인 E회사의 상무는 구 산업안전보건법상 도급사업주의 안전조치의무(제29조 제3항) 위반죄로 C회사의 부장(A), 그리고 동시에 D회사의 대표이사(B)는 산업안전보건법상 사업주의 보건조치의무(제24조 제1항) 위반죄(제66조의 2 적용 포함)로 추가로 기소되었으며, 이와 관련하여 산업안전보건법의 양벌규정에 따라 법인인 E회사, C회사, D회사도 산업안전보건법 위반죄로 기소되었다. 이 사건 제1심과 원심을 거쳐 총 8명의 업무상 과실치사상죄와 E회사와 이 회사 상무의 산업안전보건법 위반죄에 대해 모두 유죄가 확정되었다.

1) 전면개정이 이루어지기 전의 산업안전보건기준 제1조는 이 기준이 구 산업안전보건법 제23조, 제24조, 제29조 등의 위임을 받아 제정된 것임을 밝히고 있다.

그러나 이 사건 제1심법원²⁾과 원심법원³⁾은 A와 B의 업무상 과실치사상죄의 유죄를 인정하면서도 이들의 산업안전보건법 위반죄에 대해서는 무죄를 선고하였고, 이에 따라 C회사와 D회사의 산업안전보건법 위반죄에 대해서도 무죄를 선고하였다.⁴⁾ A와 B, C회사와 D회사가 산업안전보건법 위반죄에 대해 무죄를 받은 부분에 대해서만 검사가 상고하여 이 사건 대법원에서는 이 부분만이 다루어졌다. 대법원은 위 판결요지에서 인용한 판례법리에 근거를 두고 원심의 무죄부분을 모두 파기하고 이 사건을 의정부지방법원에 환송하였다.

이 사건 원심은 산업안전보건법 위반죄에 대해서 무죄를 선고하면서 그 근거로 다음과 같은 판례법리를 설시하였다.

“앞서 본 판례의 법리와 산업안전보건법 제5조 제1항 제2호에서 ‘쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 것’을 사업주의 의무로 정하고 있는 점 등 위 법의 전체적인 체계 등에 비추어 보면, 여기에서의 사업주는 원심이 실시한 바 대로 ‘사업장을 직접 지배·관리하면서 운영하는 사업주’, 즉 사업장에서 이루어지는 작업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율하며 작업환경과 근로조건을 결정할 능력이나 의무가 있는 사업주에 한한다고 할 것이다.”

구 산업안전보건법 제23조와 제24조의 사업주의 안전·보건조치의무가 근로자를 직접 고용하는 사업주에게 부과되는 것임에도 불구하고 그러한 사업주 중에서 사업장을 지배·관리하지 않는 사업주는 이에 해당하지 않는다고 보는 근거가 원심에서는 다소 불분명하다. 이와 달리 이 사건 1심에서는 그 근거로 산업안전보건기준의 관련 규정을 들고 있다. 산업안전보건기준은 이 사건 사고가 발생한 작업장소가 해당되는 밀폐공간에서의 조치사항을 규정하고 있다(제619조-626조). 제1심법원은 이 규정들이 대부분 밀폐공간이 있는 작업장에 설비 등을 설치하거나 출입을 통제할 권한 등이 있음을 전제로 하고 있다는 점을 위 법리의 근거로 삼았다. 예를 들어 밀폐공간 작업 시 환

2) 의정부지방법원 고양지원 2016. 1. 25. 선고 2015고단1445 판결.

3) 의정부지방법원 2016. 8. 25. 선고 2016노422 판결.

4) 이 사건 1심과 원심의 판결에 대한 자세한 평석으로는 민창욱(2016), 「안전사고에 대한 사업주책임과 개인책임」, 『노동법연구』 제41호를 참조하라.

기조치(제620조)는 작업장 환기시설을 관리할 권한을 전제로 하고 있다.

원심은 이와 같은 법리를 근거로 하여 A와 B는 E회사 파주공장에서 이루어지는 작업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율하며, 작업환경과 근로조건을 결정할 수 있는 능력이나 의무가 없어 제24조 제1항에서 정한 보건조치를 취하여야 할 의무가 있는 ‘사업주’에 해당하지 않는다고 결정하였다.

근로계약상의 사업주가 그 사업주에 의해 작업공간 등이 지배·관리되지 않고 있다는 이유로 안전·보건조치의무를 부담하지 않는다고 하면, 현실적으로 대부분의 사내하도급 업체는 도급사업주의 사업장에서 근무하는 자신의 근로자에 대해서 안전·보건조치의무를 취할 의무가 없게 될 것이다. 그리고 실질적으로라도 근로자파견관계가 아니어서 지휘·명령권이 있는 수급사업주가 어떠한 형태로도 안전·보건조치를 취할 의무가 없다고 하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 안전·보건조치에는 작업공간과 작업환경에 대한 것뿐만 아니라 지휘·명령에 의해서 이루어지는 것도 당연히 포함되기 때문이다. 대법원은 위의 판례법리를 통해 수급사업주에 의해 직접 관리·통제되지 않은 도급사업주의 사업장에서 일하는 사내하도급 근로자들에 대해서도 수급사업주가 이들 근로자의 근로계약상의 사업주로서 안전·보건조치의무가 있다고 함으로써 사내하도급 근로자들에 대한 도급사업주의 안전·보건조치의무와 중복적으로 존재하게 됨을 확인했다고 볼 수 있다.

전면개정 산업안전보건법도 위와 유사하게 근로계약상의 사업주인 수급사업주와 도급사업주에게 중복하여 안전·보건조치의무를 부과하고 있다(제38조, 제39조, 제63조 참조).⁵⁾ 다만 사내하도급 근로자들에 대한 도급사업주의 안전·보건조치의무에서 ‘보호구 착용의 지시 등 관계수급인 근로자의 작업행동에 관한 직접적인 조치’를 제외하는 것으로 명시하고 있다(제63조 단서). 따라서 산업안전보건기준의 구체적인 안전·보건조치 사항 중 작업행동에 관한 직접적인 조치는 도급사업주가 그 의무를 부담하지 않을 것으로 해석된다.

이 사건의 대법원 판단에서는 산업안전보건기준의 안전·보건조치 중 작

5) 구 산업안전보건법 제29조 제3항과는 다르게 제63조에는 도급사업주가 사내하도급 근로자들에 대해 취해야 할 안전·보건조치를 위임하여 고용노동부령으로 정한다는 내용이 없다. 그렇지만 현행 산업안전보건기준도 제1조에서 제38조, 제39조, 제63조 등의 위임을 받아 정하는 것임을 밝히고 있다.

업공간을 지배·관리하지 않는 수급사업주가 현실적으로 취하기가 불가능한 조치는 제외하고 실행가능한 조치만을 기준으로 안전·보건조치의무의 위반이 있는지를 판단해야 하는 것도 분명해졌다. 이러한 점은 위의 판결요지에 소개된 내용의 판례법리에 따라 이루어진 사실관계의 검토에 드러나 있다. 대법원은 이 사건의 사실관계로 보아 C회사와 D회사 소속 근로자들이 E회사 파주공장에 진입한 이후에는 C회사와 D회사가 작업에 직접적으로 관리·감독을 하지는 않은 것으로 보인다는 점은 인정하였다. 그러나 대법원은 이 사건만으로 제24조 제1항의 보건조치를 취할 의무가 없다고 할 수 없다면서 그 근거로 직접 관리·통제하지 않는다고 하더라도 그와 관계없이 취할 수 있는 조치가 있다라고 보았다. 대법원이 그러한 조치의 예로 든 것은 산업안전보건기준 제619조에서 명시된 공기상태의 측정(제1호), 송기마크크의 비치(제3호)이다. 대법원은 이러한 조치들이 예를 들어 작업공간의 환기(제620조) 등과 같이 작업공간을 지배·관리하지 않으면 할 수 없는 조치들과 달리 수급사업주가 취할 수 있는 조치라고 본 것이다.

필자는 대법원의 이러한 해석이 현재 사내하도급의 근로관계 현실을 반영하고 있다고 보아 합리적인 면이 있다고 본다. 그러나 대법원과 같이 현실적인 실행가능성을 보면, 수급사업주와 도급사업주가 각각 취해야 하는 안전·보건조치의 범위가 축소될 위험이 있다고 본다. 도급사업주와 수급사업주에게 중복적으로 의무를 부과하는 취지가 근로관계의 특성상 안전과 보건의 관리가 특히 취약한 사내하도급 근로자들을 보호하는 것이라면, 수급사업주 자신이 지배·관리하지 않는 작업공간에서 실행가능한 안전·보건조치는 더 적극적으로 해석할 필요가 있다. 필자는 예를 들어 수급사업주는 해당 작업공간을 지배·관리하는 도급사업주에게 작업공간의 지배·관리권한으로 도급사업주만이 할 수 있는 산업안전보건기준에 따른 조치를 취하도록 요구할 수 있고, 요구할 의무가 있다고 해석할 수 있다고 본다. 그래서 수급사업주의 지배·관리가 미치지 않기 때문에 산업안전보건기준의 조치가 취해지지 않았다고 해서 안전·보건조치의무를 위반했다고 할 수는 없지만, 기준에 따른 안전·보건조치를 요구했는지에 따라서 안전·보건조치의무 위반 여부를 평가해야 한다고 본다.

한편 이 사건 제1심법원이나 원심법원도 밀폐공간의 작업과 관련한 산업안전보건기준의 보건조치 중 수급사업주가 담당할 수 있는 구체적인 조치가

있을 수 있음을 알지 못했다고 볼 수는 없을 것이다. 그런데도 제1심법원과 원심법원이 이 사건의 수급사업주가 구 산업안전보건법 제24조의 사업주가 아니라고 본 것은 앞서 판결문에 분명하게 나와 있지 않다. 다른 평석의 지적처럼 개별적인 안전·보건조치의무의 성격에 따라 사업주를 달리 해석하는 것이 죄형법정주의의 원칙에서 파생하는 명확성의 원칙에 어긋난다고 보았을 수도 있다.⁶⁾ 즉 사업주가 일의적이고 통일적으로 확정되어야 하므로 보건조치의 다수 조항들이 작업공간을 관리·지배하는 것을 근거로 하여 수급사업주는 보건조치의무를 갖는 사업주가 아니라고 이 사건 하급심 법원이 보았을 수 있다. 하지만 시행규칙인 산업안전보건기준의 일의적이고 통일적인 해석이 필요하다는 이유를 들어 지휘명령권을 갖는 근로계약상의 사업주에게 안전·보건조치를 부과하는 모법규정 자체를 부정하는 것은 타당하지 않다고 본다.

그렇지만 제1심법원과 원심법원의 판단은 도급사업주의 사업장에서 일하는 근로자들과 관련하여 산업안전보건기준이 어떠한 의미가 있는지를 검토할 필요성을 심각하게 제기하고 있다. 먼저 현행 산업안전보건기준에 나와 있는 구체적인 안전·보건조치는 사업주가 근로자들의 작업공간을 지배·관리하는 것을 전제로 하고 있다. 그렇기 때문에 수급사업주는 산업안전보건기준의 조치를 적극적으로 취하기가 쉽지 않은 경우가 대부분이다. 그렇다면 앞서 언급한 바와 같이 예를 들어 수급사업주가 작업공간을 지배·관리하는 도급사업주에게 특정의 안전·보건조치를 취하도록 요구하는 등 사내하도급 근로관계에 맞는 안전·보건조치의무를 산업안전보건기준에 구체적으로 정할 필요가 있다. 한국 제조업 등에서 사내하도급의 역사 규모나 비중을 생각하면 산업안전보건기준의 현재 모습은 놀라울 정도로 낙후된 것이라고 할 수 있다.

이상과 같이 법원에서 다루어진 법적 쟁점에 대한 설명과 평가로 이 사건에 대한 평석을 마치는 것은 통상의 경우에는 적절할지 몰라도 이 사건에서는 타당하지 않다. 왜냐하면 여기에는 이 사건에서 3명이 사망하게 된 사실상의 원인과 이와 관련된 산업안전보건법에 대한 규범적인 평가가 전혀 없기 때문이다. 그 원인은 E회사가 C회사와 D회사의 근로자들이 일할 작업공

6) 민창욱, 앞의 글, p.175.

간의 운영체계가 바뀐 것을 C회사 등이나 그 하도급 근로자들에게 알리지 않은 것이다. 질소질식의 사망사고가 발생한 체임버는 이전까지는 질소공급이 멈출 때만 게이트가 열리게 되어 있었다. 그런데 이 사건 도급사업주는 질소공급이 되어도 게이트가 열릴 수 있도록 운영체계를 바꾸었으나 이 사실을 C회사 등에 알리지 않았다. 하도급 근로자들은 이 사실을 모른 채 게이트가 열려 있어 질소공급이 중단되었다고 생각하고 체임버에 들어갔다 사고를 당한 것이다. 이 사건 하급심법원은 밀폐된 작업공간 운영체계의 변경을 고지하지 않은 것이 이 사건 사망사고가 발생하게 된 주요한 원인 중 하나로 인정하였고, 이를 과실치사상죄로 기소된 E회사의 직원들에 대한 유죄인정의 근거로 들었다.

그렇지만 이 사건 사고가 발생할 당시의 산업안전보건법은 밀폐된 작업공간의 운영체계가 바뀐 것을 수급사업주나 그 근로자들에게 알려주어야 할 산업안전보건법상의 의무가 없었다. 따라서 이에 대해 산업안전보건법상의 책임을 물을 수 없었다. 사고 발생 후 2년여의 시간이 지난 후인 2017년 법개정을 통해 현재는 질식위험이 있는 장소에서 하도급 근로자가 작업하는 경우 도급사업주가 안전·보건에 관한 정보를 제공하도록 의무를 지우고 있다.⁷⁾ 현 산업안전보건법 중 특히 도급사업주의 의무와 관련된 조항은 이처럼 관련하여 사망사고 등이 발생하고 사후적으로 대응하는 방식으로 뒤늦게 반복적으로 개정이 이루어져 왔다.

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

7) 산업안전보건법 제65조 제1항 제3호. 질식위험이 있는 장소에 대한 도급사업주의 정보 제공의무는 2017년 법개정에 의해 구 산업안전보건법 제29조 제5항 제3호로 최초로 규정되었다.

산업안전보건법상 안전보건조치의무의 장소적 범위

- 대법원 2020. 4. 9. 선고 2016도14559 판결 -

【판결요지】

「산업안전보건법」(이하, 산업안전보건법)상 사업주의 의무는 근로자를 사용하여 사업을 행하는 사업주가 부담하여야 하는 재해방지의무로서 사업주와 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 성립하는 경우에 적용된다. 사업주가 고용한 근로자가 타인의 사업장에서 근로를 제공하는 경우 그 작업장을 사업주가 직접 관리·통제하고 있지 아니하다는 사정만으로 사업주의 재해발생 방지의무가 당연히 부정되는 것은 아니다. 타인의 사업장 내 작업장이 밀폐공간이어서 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자파견관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 구 산업안전보건법 제24조 제1항 제1호에 따라 근로자의 건강장해를 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 따라서 사업주가 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 법 제24조 제1항에 규정된 조치를 취하지 아니한 채 타인의 사업장에서 작업을 하도록 지시하거나 그 보건조치가 취해지지 아니한 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는 등 위 규정 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에는 법 제66조의2, 제24조 제1항의 위반죄가 성립한다.

(1) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. A는 C 주식회사와 계약을 맺고 C의 파주공장에 공급한 장비를 유지·보수하는 협력업체이며, B는 A와의 계약에 따라 제품을 납품하고 A의 요청이 있는 경우 C의 파주공장에 들어가 작업을 함께하는 업체이다. A 및 B의 직원 3인은 로봇 팔 확인작업을 위해 파주공장으로 들어갔다가 2인은 그 자리에서, 1인은 2주 후 병원에서 질소질식에 의한 산소 결핍으로 사망하였다.

이에 대해 1·2심은 A 및 B에게 산업안전보건법상 보건조치 의무를 지울 수 없어 법 제66조의2(현행법 제167조), 제24조 제1항(현행법 제39조 제1항)의 위반죄가 성립하지 않는다고 판단했지만, 대법원은 이를 파기환송하였다. 하급심과 대법원의 판단은 그 참조판결부터 차이가 나는바, 각각의 참조판

결을 간단히 언급한 후 대상판결의 의미를 살펴보기로 한다.

(2) 하급심의 참조판결은 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도8874 판결(이하, 참조1판결)이었다. 이는 자동차 정비공장에서 공장장이 연료탱크의 용접 중 연료탱크가 폭발하여 사망한 사건으로 사업주의 산업안전보건법상 안전조치(구법 제23조 제1항, 현행법 제38조 제1항) 위반이 문제된 사안이었다. 사업주에게 산업안전보건법상 안전조치 위반에 관해 1심은 인정하였으나, 2·3심은 부정하였다. 2·3심이 이를 부정한 주된 이유는 사업주가 공장장의 연료탱크 용접 작업에 관해 예상할 수 없었다는 것이었다. 이 사건이 있기 전 해당 사업장에서는 연료탱크 용접 작업이 한 번도 행해진 적이 없었으며, 고객으로부터 연료탱크 용접을 의뢰받더라도 그 위험성 때문에 연료탱크의 교환을 권유해왔다는 점 등이 크게 고려되었다. 참조1판결에서 대상사건과 연관된 설시는 다음과 같다. “사업주에 대한 법 제67조 제1호, 제23조 제1항 위반되는 사업주가 자신이 운영하는 사업장에서 법 제23조 제1항에 규정된 안전상의 위험성이 있는 작업을 규칙이 정하고 있는 바에 따른 안전조치를 취하지 않은 채 하도록 지시하거나, 그 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 이를 방치하는 등 그 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에 한하여 성립하는 것.”(밑줄은 필자).

대법원의 참조판결은 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도3700 판결(이하, 참조2판결)이었다. 이는 도급을 받아 전기공사를 수행하고 있던 시설 내에 자신의 사업수행과 관계없는 (원청으로부터 별도의 도급을 받아 공사를 수행하던) 다른 회사 소속 근로자가 들어와 전류에 감전되어 사망한 사건에서, 사업주의 산업안전보건법상 안전조치(구법 제23조 제1항, 현행법 제38조 제1항) 위반이 문제된 사안이었다. 이에 관해서는 1·2·3심 모두 사업주의 안전조치 의무 위반을 부정하였다. 그 이유는 산업안전보건법상 안전조치 의무는 그 소속 근로자에 대한 것이며, 일반인에 대하여는 업무상과실치사상죄로 의율하면 족하다는 것이었다. 참조2판결에서 대상사건과 연관된 설시는 다음과 같다. “산업안전보건법상 사업주의 의무는 근로자를 사용하여 사업을 행하는 사업주가 부담하여야 하는 재해방지의무로서 사업주와 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 성립하는 경우에 적용되는 것이고, 정식으로

소속된 근로자가 아니라 하더라도 민법상 고용계약이든 도급계약이든 근로 계약의 형식에 관계없이 근로의 실질에 있어 근로자가 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 것이라면 그는 「근로기준법」 제14조 소정의 근로자에 해당하여 사업주의 안전조치의무의 보호대상이 된다고 볼 것.”(밑줄은 필자).

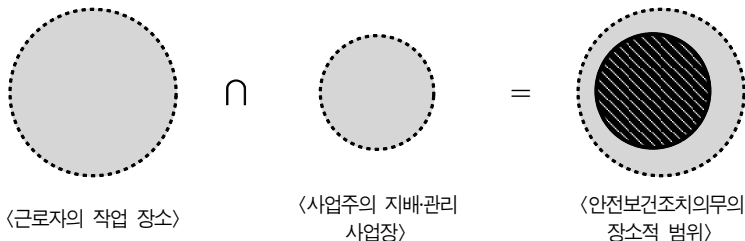
(3) 하급심은 참조1판결을 전제로 하여 A 및 B에게 “사업장(필자 주: 파주 공장을 의미함)에서 이루어지는 작업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율 하며, 작업환경과 근로조건을 결정할 수 있는 능력이나 의무가 있다고 보기 어려움”(원심판결, 의정부지방법원 2016. 8. 25. 선고 2016노422 판결) 산업안전보건법상 보건조치 의무자에 해당하지 않는다고 보았다. 하지만 참조1판결에서 이것의 유무는 쟁점사항이 아니었다. 어찌면 “자신이 운영하는 사업장에서”라는 문구는 그저 당연하듯 기술된 것인지도 모르겠다. 오히려 이에 관해서는 이 사건의 원심판결이 자세히 설명해놓았다.

“산업안전보건법 제23조는 사업주에 대하여 안전조치 의무를, 제24조는 사업주에 대하여 보건조치 의무를 각 부과하는 규정으로, 그 문언상의 차이에도 불구하고 산업안전보건법의 목적과 체계에 비추어 각 법 조항의 ‘사업주’는 동일한 의미로 해석함이 상당하다. 그리고 앞서 본 판례의 법리와 산업안전보건법 제5조 제1항 제2호에서 ‘쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 것’을 사업주의 의무로 정하고 있는 점 등 위 법의 전체적인 체계 등에 비추어 보면, 여기에서의 사업주는 원심이 실시한 바대로 ‘사업장을 직접 지배·관리하면서 운영하는 사업주’, 즉, 사업장에서 이루어지는 작업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율하며, 작업환경과 근로조건을 결정할 수 있는 능력이나 의무가 있는 사업주에 한한다고 할 것이다.”

원심판결은 참조2판결을 언급하고 있지는 않으나, 이를 배척한다고 할 수도 없다. 산업안전보건법의 목적이 근로자의 안전과 보건을 유지·증진하는 것이기에 사업주의 재해방지의무가 사업주와 근로자의 실질적인 고용관계를 전제로 함은 당연하기 때문이다. 그리고 대개의 경우 근로자의 작업 장소는 사업주가 직접 지배·관리하는 사업장 내에서 이루어지므로, [근로자의 작업장소 = 사업주가 직접 지배·관리하는 사업장 = 산업안전보건법상 안전보건 조치의무의 장소적 범위]라는 등식이 성립한다고 하겠다.

문제는 이 등식이 성립하지 않는 때, 즉 [근로자의 작업 장소 ≠ 사업주가 직접 지배·관리하는 사업장]인 경우 산업안전보건법상 안전보건조치의무의 장소적 범위를 어떻게 이해할 것이냐다. 원심판결은 이에 대해 [근로자의 작업 장소 ∩ 사업주가 직접 지배·관리하는 사업장]으로 이해한 것 같다. 이를 나타내면 [그림 1]과 같다.

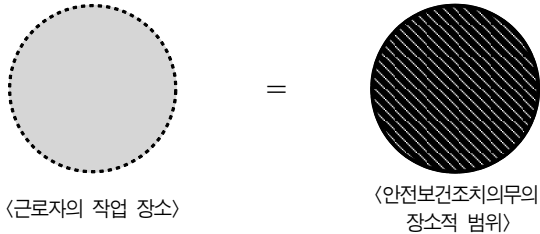
[그림 1] 원심판결이 이해하는 안전보건조치의무의 장소적 범위



원심판결의 근거에는 의무는 가능성을 전제로 한다는 사고가 깔려있다. 산업안전보건법 제5조 제1항 제2호는 ‘쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 것’을 사업주의 의무로 규정하고 있으니, 사업주에게 쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 권한이 없는 장소, 즉 그가 지배·관리할 수 없는 사업장에서는 그 의무 또한 인정될 수 없다는 것이다.

하지만 대법원은 이러한 원심판결의 논리를 허물어뜨린다. “사업주가 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 법 제24조 제1항에 규정된 조치를 취하지 아니한 채 타인의 사업장에서 작업을 하도록 지시하거나 그 보건조치가 취해지지 아니한 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는 등 위 규정 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에는 법 제66조의2, 제24조 제1항의 위반죄가 성립한다.” 이 판단에서는 원심판결의 도식에서 나왔던 ‘사업주의 지배·관리 사업장’이라는 요소가 삭제되어버린다. 자신의 사업장이건, 타인의 사업장이건 안전보건조치의무를 다 할 수 없는 장소에 근로자로 하여금 일을 하도록 시켜서는 안 된다는 것이다. 이를 나타내면 [그림 2]와 같다.

[그림 2] 대상판결이 이해하는 안전보건조치의무의 장소적 범위



그렇다면 원심판결의 논리에는 어떠한 문제가 있었던 것일까? 의무는 가능성을 전제로 한다는 사고에는 동의할 수밖에 없으며, 자신이 지배할 수 없는 사업장에서는 쾌적한 작업환경을 조성할 수도, 근로조건을 개선할 수도 없다는 판단에도 오류가 없어 보이는데 말이다.

원심판결의 오류는 다름 아닌 사업주에게 부과되는 안전보건조치의무의 발생시점을 잘못 잡았다는 데 있다. 안전보건조치의무는 산업안전보건법상 사업주에게 부과되는 의무이지만, 산업안전보건법을 통해 창설된 의무가 아니다. 안전보건조치의무는 근로관계에서 발생된 사용자의 배려의무가 산업안전보건법을 통해 구체화된 것이다. 따라서 안전보건조치의무의 발생시점은 사업주와 근로자 간의 근로관계 발생 시점으로 거슬러 올라간다. 그 결과 근로자의 작업장 배치 이후 위험을 예방하고(안전) 건강장해를 예방하기(보건) 위해 필요한 조치를 하여야 하는 것으로 규율된 안전보건조치의무는, 사업장 배치 이전에는 ‘사업주가 안전보건조치를 할 수 있는 사업장으로의 근로자 배치 의무’로 나타나게 된다. 근로자의 배치 권한은 기본적으로 사업주에게 존재하기에, 사업주가 근로자를 안전보건조치가 이루어지지 않는 사업장 혹은 사업주 자신이 안전보건조치의무를 다할 수 없는 사업장에 배치하는 것 자체만으로 안전보건조치의무 이행에 있어서의 해태가 있다고 보아야 하는 것이다.

이러한 해석이 사업주의 안전보건조치의무에 관한 장소적 범위를 무리하게 확대한 것이 아니냐는 의구심이 들 수도 있다. 하지만 2019년 개정 전의 구 산업안전보건법 제23조 제1항(안전조치)과 제24조 제1항(보건조치)의 시작하는 문구가 “사업주는 사업을 할 때”(밑줄은 필자)임을 상기할 필요가 있

다. 사업이 사업주 자신이 지배·관리하는 사업장에서만 수행되는 것이 아님을 인식한다면 이러한 해석은 확장해석이 아닌 문리적으로 당연한 해석임을 알 수 있다. 원심판결이 체계적 해석이라며 제시한 법 제5조 제1항 제2호는 어떻게 생각해 볼 수 있을까? “쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 것.”(밑줄은 필자) 근로계약 등에 특별한 제한이 없는 한 작업장소에 관한 지정은 사업주에게 유보되어 있다. 즉 근로자의 작업장소는 사업주의 지정으로 이루어진다. 이에 따라 근로자의 작업환경의 조성 및 근로조건 개선에 관한 지배 권한은 사업주에게 인정된다. 표준국어대사전에서 ‘조성’은 “무엇을 만들어서 이룸”으로, ‘개선’은 “잘못된 것이나 부족한 것, 나쁜 것 따위를 고쳐 더 좋게 만들”으로 풀이되기에, 작업장소 지정권의 적절한 행사를 통해 사업주는 개별적 근로자의 쾌적한 작업환경 조성 및 근로조건 개선을 행할 수 있게 되는 것이다.

한편 산업안전보건법은 2019년 전부개정(법률 제16272호, 시행 2020. 1. 16.)을 통해 그 보호대상을 ‘근로자’에서 ‘노무를 제공하는 자’로 넓히는 한편, 안전조치 규정을 “사업주는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 위험으로 인한 산업재해를 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.”(제38조 제1항), 보건조치 규정을 “사업주는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 건강장해를 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.”(제39조 제1항)로 문구 변경을 행하였다. 이러한 변경에서 사업주의 안전보건조치의무에 관한 장소적 범위가 다시 한번 논란이 있을 수 있다. 그 대상이 근로자의 경우라면 위의 해석과 동일하겠으나, 근로자가 아닌 노무제공자인 경우에는 고민이 생긴다. 사업주와 비근로자인 노무제공자 사이에는 근로관계를 통해 도출되는 사용자의 배려의무를 인정하는 데 의문이 있어, 이를 통해 도출되는 ‘사업주가 안전보건조치를 할 수 있는 사업장으로의 배치 의무’를 인정하는 데 곤란함이 있기 때문이다. 향후 연구가 필요한 부분이다.

양승광(법학박사)

태아의 선천성 질환과 근로자의 업무상 재해

- 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결 -

【판결요지】

사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 되므로, 개별 법률에서 예외적으로 태아의 권리능력을 인정하는 규정을 두지 아니하는 한 태아는 원칙적으로 권리능력이 없다. 「산업재해보상보험법」(이하, 산재보험법)에는 태아의 권리능력을 인정하는 별도의 규정이 없으므로 산재보험법의 해석상 모체와 태아는 ‘한몸’, 즉 ‘본성상 단일체’로 취급된다. 태아는 모체 없이 존재하지도 않고 존재할 수도 없으며, 태아는 모체의 일부로 모(母)와 함께 근로현장에 있기 때문에 언제라도 사고와 위험에 노출될 수 있다. 한편, 산재보험법상 요양급여는 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 그 근로자에게 지급하는 것이므로, 장애급여와는 달리 그 부상이나 질병으로 인하여 반드시 노동능력을 상실할 것을 요건으로 하지는 않는다. 따라서 임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 태아의 건강손상은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향이나 그 정도와 관계없이 여성 근로자의 업무상 재해에 해당한다고 보아야 한다.

2009년 A의료원에서 임신한 간호사는 모두 15명으로, 이들 중 비장애아를 출산한 근로자는 6명뿐이고, 원고들 외 5명은 유산을, 원고들인 4명은 선천성 심장질환아를 출산하였다. 유산과 질환아 출산의 원인으로 원고들의 근로조건과 작업환경이 꼽혔고 모(某) 대학교 산학협력단과 산업안전보건연구원의 역학조사 역시 그러한 결과를 내놓았다. 원고들은 태아의 심장 형성에 장애가 발생한 이유는 이러한 유해한 환경에 노출되었기 때문이므로 근로복지공단에 요양급여를 신청하였다. 피고인 근로복지공단은 원고들의 자녀인 선천성 심장질환아는 산재보험법상의 근로자로 볼 수 없다는 이유로 요양급여 신청을 거부하였다(1차 거부처분). 그러나 원고들은 태아의 심장질환 발병 당시 태아는 모체의 일부였으므로 태아의 질병은 모체인 원고의 질병으로 보아야 하고, 산재보험법의 적용 여부는 질병 발생 당시이므로 그 뒤 근로자 지위를 상실하였다고 해서 산재보험의 급여가 거부되지 않는다는 것을



근거로 다시 근로복지공단에 요양급여를 신청하였다. 이에 근로복지공단은 원고들이 초진소견서 등을 제출하지 않아 자료 보완을 요청하였고, 그 후 자료 제출이 되지 않자 민원서류 반려처분을 하였다(2차 거부처분). 이에 원고들은 근로복지공단을 상대로 요양급여신청 반려처분 취소를 청구하는 행정소송을 제기하였다.

제1심인 서울행정법원은 1차 거부처분과 2차 거부처분이 사실상 하나의 사건이며 원고들의 청구를 받아들여 근로복지공단의 요양급여 부지급 처분을 모두 취소하였다. 그 이유로 서울행정법원은 “태아의 건강손상은 모체의 노동능력에 미치는 영향 정도와 관계없이 모체의 건강손상에 해당하므로, 여성 근로자의 임신 중에 업무에 기인하여 태아에게 건강손상이 발생하였다면 이는 근로자에게 발생한 업무상 재해로 보아야” 하며, 태어난 영아는 “근로자에게는 해당하지 않으나, 현행 산재보험법상 업무상 재해는 업무상의 사유로 근로자에게 재해가 발생할 것, 다시 말해 업무와 재해 사이의 상당인과 관계가 있을 것만을 요건으로 할 뿐이지, 질병의 발병 시점이나 보험급여의 지급 시점에 재해자 또는 수급권자가 여전히 근로자일 것을 요건으로 하지 않으므로, 출산으로 모체와 태아의 인격이 분리된다는 사정만으로 그 전까지 업무상 재해였던 것이 이제는 업무상 재해가 아닌 것으로 변모한다고 볼 수 없다.”라고 보았다.

특히, 태아의 건강손상을 업무상 재해에서 배제하는 것은 “임신한 여성 근로자와 태아를 업무에 내재한 위험으로부터 보호하지 않음으로써 불리하게 차별하는 것이고, 산재보험 영역에서 국가의 ‘모성 및 태아 생명’ 보호 의무를 방기하는 것에 다름 아니며, ‘근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하여 근로자 보호에 이바지’한다는 우리 산재보험법의 입법목적에도 정면으로 위배”된다고 판시하였다.

그러나 피고인 근로복지공단은 행정법원의 판결에 불복하여 항소하였고, 원심인 서울고등법원은 제1심의 판결을 다음과 같은 이유로 취소하였다. “여성 근로자가 임신 중에 업무상 유해요소에 노출되어 선천성 심장질환아를 출산한 경우 그 자녀의 질병을 산재보험법상 근로자 본인에 대한 업무상 재해에 포함시킬 수 있는지”가 본 사건에서 업무상 재해를 인정할 수 있는 전제인데, 원심은 각 출산아의 선천성 질병은 출산아의 질병일 뿐 근로자인 원고들 본인의 질병이 아니므로 원고들의 업무상 재해로 포섭할 수 없다는 것

이다.

그리고 요양급여의 청구권과 수급권이 분리될 수 있는가에 대해 우리 산재보험법 제36조 제2항이 수급권자의 청구에 따라 급여가 지급한다고 규정한 점, 그리고 동법 제88조 제2항이 수급권을 양도·압류하거나 담보로 제공할 수 없다고 규정한 점을 들어, 우리 산재보험법은 체계상 수급권과 청구권을 분리하여 수급권자가 급여를 받을 수 있는 상황을 차단하고 있다고 보인다. 즉, 출생한 장애아가 수급권자가 될 수 있는가는 별론으로 하고, 여성 근로자가 수급권자가 아닌 이상 그가 직접 청구권을 행사할 수 없으므로 원고인 여성 근로자의 요양급여처분은 부적법하다는 것이다(밑줄은 필자).

그러나 대법원의 견해는 달랐다. 먼저 전제가 되는 쟁점인 ‘태아의 건강손상이 근로자의 업무상 재해에 해당하는지’에 대해서는 “법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능할 때 법원으로는 가능하면 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적 법률해석을 선택하여야 한다.”라는 점을 판시한 다음, 이의 헌법적 근거를 「헌법」(이하, 헌법) 제32조 제4항 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받아서는 아니한다.”와 헌법 제36조 제2항 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”에서 찾는다. 그리고 “근로제공을 통한 여성의 직업 수행의 영역에서 위 헌법 규정들이 갖는 의미를 찾자면, 임신 중인 여성 근로자와 그 태아는 임신과 출산 과정에서 발생할 수 있는 업무상 유해 요소로부터 충분한 보호를 받아야 한다.”라고 실시한다.

그렇다면 원칙적으로 태아는 권리능력이 없으므로 “산재보험법의 해석상 모체와 태아는 ‘한몸’, 즉 ‘본성상 단일체’로 취급된다.” 그리고 산재보험법상 요양급여는 근로자가 업무상 사고를 당하거나 업무상 질병에 걸린 경우, 지급하는 것으로 장해급여와는 달리 사고와 질병에 따른 노동능력 상실을 요구하지 않는다. 따라서 대법원은 “임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 태아의 건강손상은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향이나 그 정도와 관계없이 여성 근로자의 업무상 재해에 해당한다.”라고 하였다.

그리고 “산재보험법상 보험급여 수급과 관련하여 기초적인 법률관계가 성립한 이상, 근로자가 그 후로 근로자의 지위를 상실하더라도” 생성된 보험급여 수급관계는 어떠한 영향도 받지 않으므로 여성 근로자는 “출산 이후에도

모체에서 분리되어 태어난 출산아의 선천성 질병 등에 관하여 요양급여를 수급할 수 있는 권리를 상실하지 않는다고 보아야 한다.”라고 판시하였다.

그렇다면 고등법원이 지정한 요양급여의 청구권과 수급권이 분리되는 문제에 대해서는 대법원은 어떤 답변을 내놓았을까? 대법원은 출산 후 요양급여의 수급자를 출산아가 아닌 그대로 여성 근로자로 본다. 그리고 “출산 이후에도 여성 근로자를 요양급여의 수급권자로 보더라도, 그 요양급여의 내용은 출산아의 선천성 질병 등을 치료하기 위한 의료서비스의 제공이 되어야 한다는 점은 분명하다. 이러한 내용의 요양급여를 제공받기 위하여 출산 이후에 요양급여 청구서를 모(母)인 여성 근로자 명의로 작성하여 제출하도록 할 것인지, 아니면 자녀인 출산아 명의로 작성하여 제출하도록 할 것인지는 법기술적인 제도 운용의 문제일 뿐이다. 임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 태아의 건강손상이라는 업무상 재해가 발생한 것이 맞다면, 출산 이후에 요양급여 청구서를 누구 명의로 작성하여 제출하였는지가 출산아의 선천성 질병 등에 관하여 요양급여 제공을 거부할 정당한 사유는 될 수 없다.”라고 하였다.

제1심과 원심, 그리고 대법원의 판단까지 모두 혼전을 거듭하였다는 것은 그만큼 사안의 문제가 간단하지 않았다는 것을 의미한다. 그리고 그 결론은 실정법의 목적론적 해석(헌법 합치적 해석)과 문리적 해석 중 무엇에 중점을 두느냐에 따라 달라졌다. 제1심은 목적론적 해석으로 근로자의 업무상 재해의 신속·공정한 보상과 근로자 보호라는 산재보험법의 취지에 맞춰 해석하였고, 원심은 출산아의 질병을 곧 여성 근로자의 질병이라 할 수는 없으며, 산재보험급여의 청구권자가 곧 수급자인 현 산재보험법상의 제도에 따라 청구권자는 여성 근로자, 수급자는 출산아로 분리되는 것은 실정법상 되지 않는다고 판단하였다. 정석적인 문리적 해석이다.

그러나 대법원은 다시 목적론적 해석을 한다. 헌법 제32조 제4항 여성 근로자의 보호 조항과 헌법 제36조 제2항 모성 보호 조항을 바탕으로 현 산재보험법을 위 헌법 조항에 맞게 해석하였다. 그리고 각 법원의 판시 중 논리적으로 취약했던 점을 보충하였는데, 태아의 권리능력 없음에 대해 제1심은 “법가치의 문제가 아니라 법기술적인 제도 운용의 문제”로만 보았으나, 대법원은 권리능력 없음이 바로 모체와 태아가 ‘단일체’라는 점을 증명하는 것으

로 태아의 건강손상이 바로 임신한 여성 근로자의 신체적 업무상 재해임을 논증하였다. 그리고 원심이 지적한 요양급여의 청구권과 수급권이 분리되는 문제에 대해서도 요양급여 청구서를 여성 근로자의 이름으로 할지, 출산아의 이름으로 할지는 법기술적인 문제로서 요양급여의 청구 자체를 부정할 수는 없다고 하였다.

대법원의 판시는 제1심의 추상적이었던 목적론 해석을 구체적으로 보완하였으며, 제2심이 가지는 문리적 해석의 현실적 타당성 결여를 헌법 합치적 해석으로 풀었다는 점에서 정(正)-반(反)-합(合)의 변증법적 발전을 거쳤다고 볼 수 있다. 그럼으로써 하급심이 가졌던 취약점을 극복하였다. 그러나 사건으로는 목적론적 해석은 문리 해석의 한계 내에서 이루어져야 한다고 생각한다. 법해석자인 사법부의 광범위한 목적론적 해석은 새로운 법창조로서 입법자의 영역을 침범할 수 있기 때문이다. 따라서 논점 외로 지적하고 싶은 것이 소송 과정에서 왜 위헌법률심판 제청이 일어나지 않았는가이다. 산재보험법 제5조(정의) 제1호인 “업무상의 재해란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다.”에서 업무상 재해를 근로자에 한정하는 것이 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제32조 제4항 그리고 헌법 제36조 제2항 위반임을 주장하여 헌법재판소의 판단을 받아보는 것이다. 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 내리고 입법자에게 태아도 업무상 재해의 적용대상이 될 수 있도록 촉구하였다면 이 문제는 입법론적으로 해결될 수 있었을 것이다.¹⁾

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

1) 새로운 입법의 효력을 헌법불합치 결정일로 소급하여 적용한다면, 소송 당사자들까지 구제받을 수 있을 것이다. 태아에게 업무상 재해를 인정하는 국회 입법안에 관한 내용은 양승엽(2018), 『임신 중 여성 근로자의 장애아 등 출산에 대한 사회법적 보호』, 『노동법논총』 제43권, 한국비교노동법학회, pp.99-103을 참조하였다.

근로자재해보장보험과 산업재해보상보험 사이의 구상관계 인정 여부

- 대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결 -

【판결요지】

근재보험의 보험자가 피해근로자에게 산재보상분에 해당하는 손해까지 보상한 경우 이는 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무를 대신 이행한 것으로서, 이런 사정을 근로자재해보장보험(이하, 근재보험)의 보험자와 피해근로자가 알고 있었다면 「민법」(이하, 민법) 제469조에 의하여 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무가 소멸하고 근재보험의 보험자는 근로복지공단에게 산재보상분 상당을 구상할 수 있다. 비록 근로복지공단이 부담하는 산재보험급여 지급의무는 민법상 손해배상채무와 그 취지나 목적이 다르지만, 다음의 여러 사정에 비추어 보면 관련 민법 규정이 정하는 요건이 갖추어진 경우에 근재보험 보험자의 보상을 유효한 변제로 보아 근로복지공단이 피해근로자에 대하여 산재보험급여 지급의무를 면하고 대신 근재보험 보험자에 대하여 구상의무를 부담하는 것을 부정할 이유가 없다. 제3자로부터 손해를 배상받은 피해근로자가 근로복지공단으로부터 추가로 보상을 받을 수 있도록 하는 것은 부당한 이중전보를 피하고자 하는 「산재보험법」(이하, 산재보험법)의 취지에 맞지 않다. 공적인 성질을 가진 사회보험인 산재보험 사업을 수행하는 근로복지공단이 정당한 사유 없이 제3자의 출연으로 산재보험급여 지급의무를 면하는 이익을 얻는 것도 바람직하지 않으며, 신속한 보상이라는 산재보험법의 취지를 고려할 때 특별한 사정이 없는 한 이해관계 없는 제3자가 먼저 피해근로자에게 보상하는 것이 근로복지공단의 의사에 반한다고 보기도 어렵다. 만일 근재보험의 보험자가 한 변제가 채무자인 근로복지공단의 의사에 반하는 등의 이유로 유효하지 않아 피해근로자가 수령한 보상금을 근재보험의 보험자에게 반환하여야 한다면, 피해근로자는 다시 근로복지공단으로부터 산재보험급여를 지급받아야 비로소 보상절차가 완료될 수 있어 피해근로자의 손해를 신속하게 보상하고자 하는 산재보험법의 취지에 반한다.

대상판결은 민간보험인 근재보험의 보험자(원고)가 근재보험의 약관에서, 피보험자는 피보험자(회사)의 근로자에게 생긴 업무상 재해로 인하여 피보험자가 부담하는 손해배상책임 중 의무보험인 산재보험(이하, 산재보험)에 의해 전보되는 범위를 초과하는 부분에 대해서만 보상할 의무를 부담하는 것으로 정하였다면, 근재보험에서 산재보험을 입은 근로자의 손해 중 산재보험에 의해 담보되는 범위를 초과하는 부분만 보상할 의무가 있음에도 피해근로자에게 손해 전부를 보상한 경우, 근재보험의 보험자는 피고 근로복지공단을 상대로 산재보험에 의해 담보되는 금액 상당액을 구상할 수 있다고 판단한 사례이다.

사건의 개요는 이러하다. 원고는 기계설비공사를 하는 회사와 근재보험을 체결한 보험자이다. 근재보험 약관에 따르면, 원고는 위 회사의 근로자에게 생긴 업무상 재해로 인하여 회사가 부담하는 손해를 보상하되, 보상액이 의무보험에서 보상하는 금액을 초과할 때는 그 초과액만을 보상하기로 하였다. 그리고 회사의 근로자(이하, 피재근로자)는 2011년 6월 24일 공사현장에서 작업하던 중 추락하여 요추골절의 상해를 입었다(이하, 이 사건 사고). 피재근로자는 2011년 12월 25일에 회사를 상대로 이 사건 사고로 인한 손해배상을 청구하였다. 법원은 이 사건 사고로 인하여 피재근로자의 영구장해가 인정된다고 판단하여 회사가 피재근로자에게 일실수입 및 위자료와 지연손해금을 지급하여야 한다는 판결을 선고하였고 회사가 항소하였으나 항소 기각 후 확정되었다. 이후 판결의 결과에 따라 원고는 2014년 7월 3일 회사의 보험자로서 피재근로자에게 보험금 합계 총 73,622,074원을 지급하였다. 그런데 원고가 피재근로자에게 지급한 보험금 중에는 피재근로자가 산재보험을 통해 피고(근로복지공단)로부터 받을 수 있었던 장해보상일시금 14,454,000원이 포함되어 있었다. 피재근로자가 입은 손해 중 장해보상일시금 14,454,000원은 본래 피고에게 지급의무가 있었던 것인데, 이러한 사정은 피재근로자가 회사를 상대로 한 민사소송의 변론과정 중에 이미 확인된 바 있었다. 요컨대, 회사의 보험자인 원고는 장해보상일시금에 대해서는 사실 피재근로자에게 지급할 의무가 없었지만 이 금액까지 포함된 금액을 보험금으로 우선 피재근로자에게 지급한 것이고 이 장해보상일시금에 해당하는 액수에 대해 피고 근로복지공단에게 구상청구를 한 것이다.

일반적으로 자신에게 채무가 없음에도 불구하고 변제를 하는 것을 비채변

제라 하고 수령자 입장에서는 부당이득을 한 것이니까 변제자가 돌려받을 수 있어야 한다(민법 제741조).¹⁾ 그런데 민법에서는 채무가 없음에도 불구하고 변제를 한 경우의 유형과 효과에 대해서 몇 가지로 나누어 구분하고 있다. 첫째, 채무없음을 알고 이를 변제한 때에는 그 반환을 청구하지 못하도록 하고 있다(민법 제742조). 이 경우는 변제자 스스로가 자신에게 채무가 없음을 알고 있지만 자기 채무라고 생각하고 변제를 한 경우를 의미하는 것이라고 생각한다. 왜냐하면 타인채무 변제에 대해서는 별도로 규정하고 있기 때문이다. 이 때 변제자가 자신에게 채무가 없음을 알고 있었다는 점에 대해서는 수령자가 증명을 하여야 한다. 왜냐하면 채무가 없는데 변제한다는 것은 통상적인 경우가 아니어서 변제자의 선의를 추정해주어야 하기 때문이다. 둘째, 변제기에 있지 아니한 채무를 변제한 경우에 그 반환을 청구하지 못하는 것이 원칙이고 다만 채무자가 착오로 인하여 변제한 때에는 채권자는 이로 인하여 얻은 이익을 반환하여야 한다(민법 제743조). 이 경우는 엄밀히 따지면 비채변제는 아니다. 채무가 존재하지 않는 것은 아니기 때문이다. 셋째, 채무없는 자가 착오로 인하여 변제한 경우에 그 변제가 도의관념에 적합한 때에는 그 반환을 청구하지 못한다(민법 제744조). 소위 도의관념에 적합한 비채변제이다. 넷째, 타인채무의 변제이다. 채무자 아닌 자가 착오로 타인의 채무를 변제한 경우에, 원칙적으로는 반환청구가 가능하지만, 이 경우 만일 채권자가 선의로 증서를 훼손하거나 담보를 포기하거나 시효로 인하여 그 채권을 잃은 때에는 변제자는 그 반환을 청구하지 못하고 이 경우 변제자는 채무자에게 구상권을 행사할 수 있다(민법 제745조).

대상판결의 사안은 채무가 없지만 변제한 경우에 해당하여 소위 비채변제 사안이긴 하지만 세부적인 유형을 따지면, 타인채무의 변제에 해당한다. 그렇지만 타인채무의 변제에 대해 민법 제745조는 채무자 아닌 자가 착오로 타인의 채무를 변제하였고 이후 채권자가 선의로 증서를 훼손하거나 담보를 포기하거나 시효로 인하여 그 채권을 잃은 경우에 대해서만 규정하고 있어서 그 이외의 타인채무의 변제에 대해서는 언급하고 있지 않다. 민법 제745조 이외의 타인채무 변제의 효과에 대해서는 민법 제469조에서 규정하고 있다. 민법 제469조에서는

1) 민법 제741조(부당이득의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.

“① 채무의 변제는 제3자도 할 수 있다. 그러나 채무의 성질 또는 당사자의 의사 표시로 제3자의 변제를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 즉 대상판결의 사안은 민법 제469조가 문제되는 유형이다.

대상판결에서 대법원은 민법 제469조를 토대로 하여, 채무자 아닌 제3자가 타인의 채무를 변제할 의사로 타인의 채무를 변제하고 채권자도 변제를 수령하면서 그러한 사정을 인식하였다면 민법 제469조에 의하여 제3자 변제의 대상인 타인의 채무는 소멸하고 제3자는 채무자에게 구상할 수 있고, 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제할 수 없는데 채무자의 반대의사는 제3자가 변제할 당시의 객관적인 제반사정에 비추어 명확하게 인식될 수 있는 것이어야 하고 함부로 채무자의 반대의사를 추정함으로써 제3자의 변제 효과를 무효화시키는 일은 피해야 한다는 입장에서, 원고가 피재근로자에게 산재보험급여에 해당하는 손해, 즉 산재보상분까지 보상한 경우 이는 본래 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무를 대신 이행한 것으로서, 이런 사정을 원고와 피재근로자가 알고 있었다면 민법 제469조에 의하여 근로복지공단의 산재보험급여 지급의무가 소멸하고 원고는 피고 근로복지공단에게 산재보험급여에 해당하는 액수를 구상할 수 있다고 판단하였다. 아울러 대법원은 근로복지공단이 부담하는 산재보험급여 지급의무가 민법상 손해배상채무와 그 취지나 목적이 다르지만, 부당한 이중지급을 피하고자 하는 산재보험법의 취지, 산재보험 사업을 수행하는 근로복지공단이 정당한 이유없이 제3자의 출연으로 산재보험급여 지급의무를 면하는 이익을 얻을 이유가 없다는 점, 피재근로자에 대한 신속한 보상의 필요성 등을 고려할 때, 관련 민법 규정이 정하는 요건이 갖추어진 경우에 근재보험 보험자의 보상을 유효한 변제로 보아 근로복지공단이 피재근로자에 대하여 산재보험급여 지급의무를 면하고 대신 근재보험 보험자에 대하여 구상의무를 부담하는 것을 부정할 이유가 없다고 첨언하였다.

대상판결의 사안은 다분히 민사법적인 성격이 강한 사건이지만, 대법원이 형식적인 민사법 논리에 매몰되지 않고 산재보험이라고 하는 사회보험의 존재 취지와 목적을 상당히 고려하여 합리적인 판단을 한 것이라고 생각한다.

산재유족 특별채용 단체협약 조항의 적법성

- 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결 -

【판결요지】

(1) 「헌법」(이하, 헌법) 제33조 제1항은 근로자가 자주적으로 단결하고, 이러한 자주적인 단결체인 노동조합이 사용자와 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모하기 위해 필요한 사항에 대해 자유롭게 교섭하며, 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 헌법적 권리를 보장하고 있다. 헌법이 노동3권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 단체협약을 체결할 수 있도록 하여 근로조건에 관한 노사의 실질적 자치를 실현하기 위함이다. 결국 헌법 제33조 제1항은 집단적 합의에 의하여 근로조건 등을 자기 책임하에서 합리적으로 규율할 수 있는 권한을 노사에 부여함으로써 이른바 협약자치를 보장한 것으로 볼 수 있다.

(2) 단체협약이 「민법」(이하, 민법) 제103조의 적용대상에서 제외될 수는 없으므로 단체협약의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다면 그 법률적 효력은 배제되어야 한다. 다만 단체협약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는지 여부를 판단할 때에는 앞서 본 바와 같이, 단체협약이 헌법이 직접 보장하는 기본권인 단체교섭권의 행사에 따른 것이자 헌법이 제도적으로 보장한 노사의 협약자치의 결과물이라는 점 및 「노동조합법」에 의해 그 이행이 특별히 강제되는 점 등을 고려하여 법원의 후견적 개입에 보다 신중할 필요가 있다.

(3) 헌법 제15조가 정하는 직업선택의 자유, 헌법 제23조 제1항이 정하는 재산권 등에 기초하여 사용자는 어떠한 근로자를 어떠한 기준과 방법에 의하여 채용할 것인지를 자유롭게 결정할 자유가 있다. 다만 사용자는 스스로 이러한 자유를 제한할 수 있는 것이므로, 노동조합과의 사이에 근로자 채용에 관하여 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다.

(4) 사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사

망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다. 이러한 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는지 여부는 단체협약을 체결한 이유나 경위, 그와 같은 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성, 채용대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용, 사업장 내 동종 취업규칙 유무, 단체협약의 유지 기간과 그 준수 여부, 단체협약이 규정한 채용의 형태와 단체협약에 따라 채용되는 근로자의 수 등을 통해 알 수 있는 사용자의 일반 채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

1. 들어가며

소위 ‘단체협약상 특별채용 조항’은 사용자가 근로자를 채용할 때 노동조합이 추천하는 자 등을 특별채용하는 취지의 조항을 의미하는 말로 사용되고 있다. 우리나라의 경우, 종래 일부 공기업이나 대형 사업장에서 기업복지의 일환으로 업무상 재해로 인한 사망자, 정년퇴직자, 장기근속자의 자녀 또는 피부양가족에 대한 특별채용 등 다양한 형태의 특별채용 조항을 두는 경우가 다수 있었다. 그런데 근래 청년의 실업률이 증가하고 동시에 취업자의 근로조건의 양극화가 심화됨으로 인하여 구직자들의 공기업 및 대형 사업장 선호도가 높아짐에 따라 단체협약상 특별채용 조항을 ‘고용세습’ 또는 ‘현대판 음서제도’ 등의 표현으로 비판하는 여론이 형성되었다.

이러한 사회적 배경에서 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족이 단체협약상 유족 특별채용 조항에 근거하여 회사에 채용의 의사표시를 할 것을 구하는 소를 제기한 사건에서 유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 사법상 효력이 다투어지고 있다. 이러한 산재유족 특별채용 조항의 사법상 효력에 관하여는 민법과 노동법의 두 영역에 걸쳐 ① 단체협약의 효력과 관련하여 산

채유족 특별채용 조항을 어떻게 이해할 것인지(규범적 부분인지 아니면 채무적 부분인지), ② 위 ①의 각 경우에 있어 개별적인 강행법규가 아니라 일반조항인 민법 제103조에 근거하여 산재유족 특별채용 조항의 사법상 효력을 부정하는 것이 가능한지, ③ 위 ②와 관련하여 민법 제103조에 근거한 산재유족 특별채용 조항에 대한 규범통제가 가능하다면 산재유족 특별채용 조항의 공서양속 위반 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 가치는 무엇인지 등 다양한 법적 쟁점이 문제된다. 한편 위 ③과 관련하여서는 (i) 기업 스스로 ‘채용의 자유’를 제한하거나 포기하는 것이 허용되지 않는지(‘채용의 자유’가 포기할 수 없는 기본권에 해당하는지) 및 산재유족 특별채용 조항 자체가 채용의 자유를 행사한 결과는 아닌지, (ii) 특정 기업에 취업하고자 하는 일반 국민의 기대를 공서(公序)로 볼 수 있는지 등이 검토되어야 할 것이고, 나아가 (iii) 장시간 근로와 높은 실업률이 동시에 문제되는 모순적 상황 상 징하는 우리나라 고용시장의 기능적 결손에서 발생하는 일자리 문제의 해결은 기본적으로 국가의 책무임에도 일자리 문제를 이유로 집단적 자치의 결과물인 단체협약의 효력을 부정하는 것이 합리적인지도 검토되어야 할 것이다. 또한 (iv) 산재유족을 특별채용하는 것이 업무상 재해로 인한 사망으로 ‘부양공동체의 소득상실’이라는 사회적 위험의 해결에 적합한 방식으로 볼 수는 없는지에 관한 검토가 필요하다.

필자는 이 사건에 대한 대법원 공개변론에 원고 측 참고인으로 출석해 대법원에 몇 가지 법률 의견을 개진할 기회를 얻은 바 있다. 아래는 필자가 법원에 제출한 의견서 일부를 발췌·요약한 것으로 본 리뷰를 갈음하고자 한다.

2. 채용의 자유의 의미

채용의 자유의 법적 성격과 관련하여 채용의 자유를 헌법상 직업선택의 자유에서 도출되는 영업 자유의 한 속성으로 보는 견해가 있다. 그런데 직업선택의 자유는 개인이 봉건적 신분의 제약에서 벗어나 자유롭게 직업을 선택할 수 있다는 의미에서 유래된 대 국가적 방어권 성격의 기본권이다. 따라서 기업의 직업선택의 자유 또한 기업이 희망하는 종류의 사업을 영위할 수 있는 자유를 의미하는 것이라고 이해하여야 할 것이다. 즉, 기업이 특정 사

업을 영위하기 위하여 국가로부터 특허를 받아야 하는 등의 국면에서 논의되어야 할 기본권이다. 따라서 채용의 자유를 기업의 직업선택의 자유로부터 도출하는 논증은 타당하지 않다. 결국 채용의 자유는 ‘근로계약’이라는 유형의 계약에서 계약자유 원칙 이상의 규범적 의미를 갖기 어렵다.¹⁾

기업의 입장에서 보면 노사 간의 분쟁보다 단체협약의 원만한 합의에 따른 이익을 더 중요하게 고려했을 수 있다. 기업이 이러한 판단에 근거하여 스스로 채용의 자유를 행사하여 단체협약으로 산재유족 특별채용 조항을 둔 것이라면, 이러한 조항은 기업 스스로 자신의 채용의 자유를 노동조합과 함께 나누겠다는 취지로 경영상 판단을 한 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 단체협약상의 산재유족 특별채용 조항은 사용자 스스로의 판단으로 자신의 채용의 자유를 노동조합과 합의한 내용에 따라 행사하겠다고 결정한 것으로 이해하는 것이 옳다고 생각한다. 이렇게 본다면 산재유족 특별채용 조항은 채용의 자유에 대한 제한이 아니라 오히려 채용의 자유의 구체적 실현, 즉 기업이 장래 산재유족을 채용하겠다고 스스로 약속한 결과이므로 기업이 스스로 한 약속을 법원이 무효화하는 것이야말로 오히려 채용의 자유의 침해로 평가되어야 할 것이다.

3. 산재유족 특별채용 조항과 채용의 공정성

채용이란 노동계약의 체결이므로, 사용자가 누구를 채용하는가는 원칙적으로 자유이다. 그러나 한편 기업에 의한 채용이라고 하는 행위는 사회적으로 본다면 제한된 지위(post)의 취업희망자에 대한 배분이라는 측면을 가지고 있다. 따라서 기업의 채용이라는 행동에서는 사회적 제약이 내재한다. 다만, 기업의 채용정책에 사회적 제약이 긍정된다고 하더라도 특정 기업에의 채용에 대한 일반 국민의 ‘희망 내지 기대라는 감정’을 법적으로 보호되는 권리로 근거 짓기는 어려울 것이다.

구직자의 채용에 대한 기대이익이라는 가치가 산재유족 특별채용 조항을 무효로 삼을 정도에 이르는 가치인지, 특히 산재 사망자 유족과 비교하여 절

1) 채용의 자유를 근로계약 체결의 자유라는 측면에서 보는 것은 노동법학계에서 일반적으로 인정되는 논리이다. 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법주해 I(제2판)』, 박영사, p.208.

대적으로 보호되어야 할 대상인지 의문이다. 따라서 헌법 제11조 제1항의 평등권, 「고용정책기본법」 제7조를 근거로 산재유족 특별채용 조항이 민법 제103에 위반된다고 보는 견해는 타당성이 없다. 이들 규정이 차별금지의 대상으로 하는 사회적 신분(예를 들어 조합원 또는 조합원의 유족)이 포함된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이들 규정에 의해 구체화된 채용에 대한 제한을 담고 있는 직접적인 법률상 근거가 없는 상황에서 이 규정을 직접적으로 적용해 평등권 위반이니 「고용정책기본법」 위반의 논거로 삼을 수는 없기 때문이다.²⁾

이에 더하여 채용상 ‘공정’은 기회의 균등이라는 관점 이외에 ‘사회적 약자에 대한 배려’라는 점도 고려되어야 할 것이다. 평등이 형식적 평등이 아니라 실질적 평등이어야 하듯이, 공정 또한 형식적으로 기회가 균등하다고 달성되는 것이 아니라 사회적 약자를 배려함으로써 실질적으로 달성된다고 할 것이다. 산재유족이라는 사회적 약자에게 특별채용 기회를 부여하는 것은 사회적 약자에 대한 배려, 나아가 실질적 공정을 달성하는 수단이라는 점도 고려되어야 할 것이다.

한편 완전고용이라는 정책과제는 기본적으로 국가의 책무인바, 노동시장의 기능적 결손에서 발생한 일자리 문제를 사경제 주체인 기업의 책임으로 돌리는 것은 정당성을 인정받기 어렵다고 생각한다. 현재 고용시장에서 일자리의 양의 문제는 우리나라의 고착된 장시간 근로관행이 주된 원인 중 하나라고 생각되며, 일자리의 질의 문제는 불법파견이나 사내하도급 등의 외주화가 주된 원인 중 하나라고 생각된다. 이러한 문제 해결을 통한 일자리의 양과 질의 개선이야말로 국가의 책무라고 할 것이다. 따라서 이러한 문제의 적극적인 해결을 도외시한 채, “고용세습”이라는 감정에 치우친 여론을 공서양속으로 치환하고, 이에 근거하여 산재유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 효력을 부정하는 것은 이러한 사회문제에 대한 책임을 노동조합이나 산재유족에게 전가하는 것이다.

요컨대, 단체협약은 그 적용 대상자의 근로조건 향상을 목적으로 하는 것이지, 외부의 누군가를 차별하기 위해 체결하는 것이 아니라는 점에서 근로조건 향상을 위한 노동3권 실현의 결과인 단체협약을 차별이라는 관점에서

2) 조상균(2016), 「정부의 위법·불합리한 단체협약 시정지도 발표에 대한 단상」, 5월호, (주)중앙경제, p.36.

바라보는 것은 동의하기 어렵다.

4. 사회적 위험으로서의 업무상 사망

업무상 사망이라는 사회적 위험에 대한 구제방법에 대해서는 ‘부양공동체의 보호’의 관점에서 고려가 필요하다. 업무상 재해에 대한 구제방법은 ‘원상회복’이 가장 이상적인 방법이겠지만, “나사로야 나오라!”고 외친다고 하여 업무상 재해로 사망한 근로자가 다시 살아날 리 없다. 따라서 업무상 재해로 인한 사망에 대한 ‘원상회복’은 현실적으로 불가능할 것이다. 이러한 현실적인 제약 내에서 부양공동체의 유지라는 측면에서 보면, 업무상 재해로 사망한 생계부양자가 종래 수행하던 직업을 그 유족(遺族)이 승계토록 하는 것이 어찌면 업무상 사망으로 인한 부양공동체의 소득상실이라는 사회적 위험에 대하여 원상회복에 가장 가까운 구제방법으로 볼 수도 있을 것으로 생각한다.

그러나 고용의 일신전속적 성격(민법 제657조)으로 인하여 업무상 재해로 사망한 피재근로자의 고용상 지위를 유족이 승계하도록 하는 내용의 제도를 일반적인 법제도로 설계하는 것은 불가능하다. 산재유족 특별채용에 관한 해의 입법례를 찾지 어려운 것은 이러한 이유 때문이라고 생각된다.

하지만 산재유족과 같이 업무상 재해에 대한 책임이 있는 기업이 자발적 의사로 업무상 재해로 사망한 근로자의 유족 중 1인을 특별채용하기로 약속하는 것을 사회상규에 위반하였다고 볼 이유는 없다. 산재유족의 특별채용을 일반적인 법제도로 도입하는 것과 개별 기업이 스스로의 의사로 자기구속적 약속을 하는 것을 동일한 평면에서 평가할 수는 없기 때문이다.

한편 산업재해를 당한 근로자들은 산재보상과 민법상 손해배상으로 해결되므로 법적인 관점에서 보면 산재보상금과 손해배상액으로 근로자와 가족들에게 모두 보상이 되었다고 이해하는 입장도 있을 수 있겠으나, 산재유족이 망인의 사망 이전보다 사회경제적으로 큰 고통을 겪게 되는 점을 완전히 부정할 수는 없을 것이다. 그렇다면 노동조합의 입장에서는 조합원 및 그 유족이 겪게 될 이러한 곤란함을 완화하기 위해 노력하는 것이 당연할 것이고, 산재유족 특별채용 조항은 노동조합의 이러한 노력의 결과라고 평가되어야

할 것이다. 뿐만 아니라 이는 사용자 역시 노동조합과의 교섭 과정에서 자신의 이익을 극대화하기 위하여 자율적으로 선택한 결과이기도 하다.

따라서 산재유족 특별채용 조항을 협약당사자가 아닌 제3자의 관점에서 ‘공서양속에 반하여 무효’라고 판단하는 것은 산재유족이 겪게 될 고통을 외면한 것으로 동의하기 어렵다. 「산업재해보상보험법」상 유족급여의 한계를 고려할 때 산업재해 발생 이후 피재근로자 가족의 소득 및 생활보장을 위해 산재보험의 유족급여제도에만 의지할 수 없는 상황에서 기업과 노동조합의 합의로 단체협약을 통하여 추가적인 보호대책으로 산재사망자의 유족에 대한 특별채용 방식의 추가적인 보호방법을 강구하는 것이 오히려 사회상규에 부합한다.

산재사망자의 유족은 예상치 못한 가족의 사망 등으로 경제적 어려움을 겪을 뿐 아니라 유무형의 심각한 고통을 겪게 되는 것이 일반적이므로, 「산업재해보상보험법」상의 유족급여, 장의비 내지 민사상 손해배상 등으로 충분히 전보되지 않을 수 있으며, 배상(賠償) 등이 이루어지더라도 피해가 ‘원상회복’되는 것이 아님은 분명하다. 따라서 산재사망자의 유족에 대한 특별채용 규정은 기업이 부담하는 「근로기준법」상 재해보상책임을 보충 및 확장하는 취지의 규정으로 이해해야 할 것이다.

5. 맺으며

산재유족 특별채용 조항은 사용자의 채용의 자유에 대한 무제한적 제한을 내용으로 담고 있는 것이 아니라 사용자에게 특별히 책임을 지울 수 있는 사안인 업무상 사망의 제한적 상황에 대하여 사용자 스스로 피재근로자의 유족을 특별채용하기로 약속한 것이다.

산재유족 특별채용 조항은 그 도입배경이나 내용에 비추어 볼 때, 사용자 의 채용의 자유를 박탈하거나 제3자의 구직에 관한 기대이익을 박탈하기 위한 것이 아니라, 업무상 재해로 사망한 근로자 유족의 소득을 보장하기 위한 것이다. 따라서 단체협약으로 「근로기준법」상 사용자의 재해보상책임을 보충하는 법정 외 보상방법을 규정한 것으로 평가되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 대상판결의 법정의견에 전적으로 동의한다.

육아휴직급여 요건 중 30일 이상 육아휴직 사용의 해석

- 광주고등법원 2020. 5. 8. 선고 2019누12509 판결 -

【판결요지】

육아휴직급여제도의 입법취지와 목적, 제·개정 연혁 및 다른 법률과의 관계, 육아휴직급여의 성격 등을 종합하여 볼 때, 「고용보험법」(이하, 고용보험법) 제70조 제1항이 그 문언에 육아휴직을 ‘연속하여’ 30일 이상 부여받을 것을 요건으로 하고 있지 않은 이상, 육아휴직을 부여받은 기간이 합산하여 30일 이상인 근로자는 육아휴직을 연속해서 30일 이상 부여받은 경우가 아니더라도 육아휴직급여를 신청할 수 있다고 봄이 타당하다.

대상판결의 사안에서는 원고가 동일한 자녀에 대하여 약 20일의 간격을 두고 각각 28일, 2일간 육아휴직을 1회 분할하여 사용한 후 피고(고용노동청장)에게 육아휴직급여를 청구하였는데, 원고가 육아휴직을 연속하여 30일 이상 사용한 것이 아니라는 이유로 피고가 육아휴직급여 부지급결정 처분을 하여 원고가 그 처분의 취소를 청구하였다.

육아휴직급여는 육아휴직을 사용한 자에 대해 일정한 요건을 갖춘 경우 급여를 지급하는 제도이다. 따라서 육아휴직은 육아휴직급여의 전제가 된다. 육아휴직은 남녀를 불문하고 근로자가 자녀를 양육하기 위해 필요한 기간을 사업주가 허용하는 제도이다. 남녀평등의 시대에 일·가정 양립은 남성 근로자에게도 당연한 것이다.1) 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」(이하, 남녀고용평등법)에서는 “근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)를 양육하기 위하여” 휴직할 수 있도록 하고 있다.(남녀고용평등법 제19조 제1항).2) 즉 육아휴직의 요건은 자녀의 연령과 학령에 대한 것뿐이고 이 자녀가 친생자인지 양자인지는 불문한다. 또

1) 임종률(2017), 『노동법』 제15판, 박영사, p.597.

2) 종래 만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀(입양한 자녀 포함)에 대해서만 인정했다가 2014년 개정법(법률 제12244호, 2014. 1. 14., 일부개정)에서부터 연령을 높이고 학령을 추가하여 육아휴직의 대상을 확대한 것이다.

한 그 자녀가 혼인 중의 자녀인지 혼인 외의 자녀인지도 묻지 않는다.)³⁾ 저출산 시대에 너무나 당연한 것이다. 육아휴직은 기본적으로 자녀 1명에 대해서 남녀 근로자 모두 사용가능한 것이며 자녀가 2명 이상인 경우에도 당연히 그 자녀 각각에 대한 별도의 육아휴직 사용이 가능하다. 육아휴직의 기간은 1년이지만 근로자의 사정에 따라서는 분할 사용이 가능하고 법상 1년에 1회 분할 사용가능한 것으로 규정되어 있다(남녀고용평등법 제19조의4 제1호.)⁴⁾ 그런데 이는 법상 최저 기준이므로 단체협약, 취업규칙, 사용자와의 협의 등에 따라 휴직기간을 늘릴 수도 있고 분할사용 횟수를 조정할 수도 있다.)⁵⁾

육아휴직은 원칙적으로 유급휴직이 아니므로 근로자는 육아휴직의 기간 동안에 생계가 어렵게 된다.)⁶⁾ 이러한 점을 고려하여 남녀고용평등법은 국가가 육아휴직을 받은 근로자의 생계비를 지원할 수 있도록 규정하였고(남녀고용평등법 제20조 제1항), 이에 근거하여 고용보험법에서 육아휴직급여제도를 마련하게 되었다. 즉, 육아휴직급여는 국가가 육아휴직을 사용하는 근로자의 생계를 지원하기 위해 지급하는 금전인 것이다.

육아휴직이 육아휴직급여의 전제이기는 하지만, 육아휴직의 법적 근거는 남녀고용평등법 제19조이고 육아휴직급여의 법적 근거는 고용보험법 제70조로 서로 달라서 양자는 구별되는 제도이다. 특히 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 육아휴직을 30일 이상 부여받은 자가 피보험단위기간 등 실업급여 수급요건 이상의 요건을 갖춘 경우에 한해 육아휴직 시작 이후 1월부터 종료 이후 12월 이내에 신청하여야 한다고 되어 있다.

요컨대, 육아휴직은 휴직이기 때문에 그 본질상 복직의 권리가 내재되어 있는 것이고 동시에 사업주와의 관계에서 요구할 수 있는 것이어서 그 성격은 사회보장 취지가 가미된 노동법적 권리인 것임에 반해, 육아휴직급여는

3) 노호창(2017), 「육아휴직급여에 관한 법적 쟁점의 검토」, 『서울법학』 25(2), 서울지립대 법학연구소, pp.84-85.

4) 이와 비교하여 출산전후휴가의 경우 모성보호를 위해 출산과 회복기간 내내 지속적으로 사용될 필요가 있으므로 관념상 분할사용을 생각하기 쉽지 않지만 법률상 분할사용에 대해 제한이 없으므로 출산 후 45일(쌍생아 이상인 경우 60일) 이상 사용하라는 것(「근로기준법」 제74조 제1항)만 준수한다면 실제로는 분할사용을 하더라도 문제가 없을 것이고 산모의 건강상태에 따라서는 적절히 분할하여 사용하는 것이 회복에 더 도움이 될 수도 있을 것이다.

5) 노호창, 앞의 글, p.88.

6) 임종률, 앞의 책, p.598.

육아휴직 이용장려, 근로관계 종료 예방 등 목적이 있긴 하지만 본질적으로는 고용보험이라고 하는 사회보험을 통해 지급되는 것이고 휴직으로 인한 육아 부담비용 등을 사회연대 차원에서 분산시키기 위한 사회보험 수급권이어서 전적으로 사회보장법적 권리인 것이다.⁷⁾ 게다가 민간 근로자에 있어서는 육아휴직을 한다고 해서 반드시 육아휴직급여가 자동적으로 인정되는 것은 아니고 근로자가 고용보험을 관리하고 있는 국가에 별도의 급여 신청을 할 것을 규정하고 있다. 이런 점은 공무원의 육아휴직 및 육아휴직수당과 차이가 있다.⁸⁾

대상판결의 사안에서는 육아휴직을 1회 분할하여 사용하였는데, 분할 전 사용과 분할 후 사용이 합치면 30일 이상이지만 각각만 보면 30일이 되지 않는다. 이런 경우 육아휴직급여를 지급받지 못하는가? 고용보험법 제70조 규정은 육아휴직급여의 요건으로 ‘30일 이상’ 육아휴직 사용을 요구하고 있지 30일 이상 ‘연속하여’ 사용할 것을 규정하고 있지는 않다. 따라서 쟁점은 ‘30일 이상’이라는 규정의 의미가 ‘연속하여 30일 이상’이라는 의미인지 여부이다. 그런데 육아휴직을 30일 이상 부여받았을 것을 요구하는 것은 육아휴직급여가 고용보험법에 도입되던 2001년 당시부터였는데 왜 30일 이상을 요구하였는지에 대해서는 현재 입법 자료를 찾아보아도 확인이 어려운 상황이다. 다만 육아휴직 및 육아휴직급여에 관한 그동안의 관련 법률 개정 상황을 보면, 육아휴직은 당초 분할 사용이 불가능하였다가 분할 사용이 가능한 것으로 바뀌었고, 육아휴직급여의 신청기간 역시 육아휴직 개시 이후 1월부터 종료 이후 6월 이내에서 육아휴직 종료 이후 12월 이내로 연장되었다. 즉, 육아휴직급여제도가 신청기간이나 적용범위 측면에서 제도 확대의 방향으로 개선되어온 것을 알 수 있다. 그렇다면 육아휴직급여를 신청하기 위해 30일 이상의 육아휴직을 부여받을 것을 요구하는 것 역시 30일 이상 장기간의 육아휴직을 장려하고자 하는 취지로 해석해야 할 것이지, 이를 국민의 권리를 제한하는 근거로 좁게 해석하는 것은 부당하다. 게다가 기본적으로 육아휴직급여를 받기 위해서는 실업급여 수급자격 이상의 자기기여를 요구하고 있고, 이에 더하여 육아휴직급여 수급권은 수급권자에게 귀속되어 개인의 이

7) 노호창, 앞의 글, p.92.

8) 공무원의 경우에는 육아휴직과 육아휴직수당의 근거가 모두 「공무원법」 및 동 시행령으로서 그 법적 근거가 동일하고 통일적으로 관리된다.

익을 위해 이용가능하며(사적 유용성), 수급권자와 그 가족의 생존확보에 기여한다. 따라서 육아휴직급여 수급권은 재산권성도 인정받을 수 있다.⁹⁾

대상판결은 육아휴직의 취지와 내용, 육아휴직급여제도의 입법취지와 목적, 제·개정 연혁, 육아휴직급여의 성격 등을 종합적으로 고려하여 고용보험법 제70조 제1항이 육아휴직을 ‘연속하여’ 30일 이상 부여받을 것을 요건으로 하고 있지 않은 이상 육아휴직을 부여받은 기간이 합산하여 30일 이상인 근로자는 육아휴직급여를 신청할 수 있다고 봄이 타당하다고 보아, 이와 결론을 달리한 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다. 즉, 대상판결은 육아휴직의 분할사용이라도 그 분할 전 사용과 분할 후 사용이 합쳐서 30일 이상이 되면 원칙적으로 육아휴직급여를 지급받을 수 있다는 판단을 한 것이다. 대상판결은 육아휴직급여의 요건인 육아휴직 30일 이상의 사용의 의미를 밝힌 최초의 판결이라는 점에서 실천적 의의가 있다.

다만 분할사용에 있어 그 간격이 지나치게 장기간인 경우에도 분할 전 사용과 분할 후 사용을 합쳐서 30일 이상이기만 하면 무조건 급여를 지급받을 수 있다고 볼 수는 없다는 점을 주의할 필요가 있다. 왜냐하면, 급여 신청기간을 규정한 취지에도 맞지 않고 소멸시효의 적용을 받을 수도 있으며 고용보험기금 운영의 예측가능성을 저해할 수도 있기 때문이다. 향후 입법적 개선이 필요할 수도 있는 지점이라고 본다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

9) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌마1092 결정; 노호창, 앞의 글, p.101.

불법고용과 업무상 재해

: 단속 중 사망한 미등록 이주노동자의 산재보험 수급권

- 서울행정법원 2019. 11. 29. 선고 2019구합53327 판결 -

【판결요지】

일반적으로 불법체류자인 근로자가 출입국관리사무소 단속반원들의 단속을 피하기 위하여 도망하던 중 사고를 당하였다면 그와 같은 사고를 산업재해보상보험에 가입되어 있는 사업의 업무와 연관이 있다고 볼 수는 없다. 다만 사업주도 구인난 등을 극복하기 위하여 불법체류자를 고용하여야 할 불가피한 필요성이 있을 수 있고 불법체류자를 고용한 데 따른 형사처벌을 받을 수 있으므로, 사업주가 불법체류자에 대한 고용을 지속하고 형사처벌을 면할 목적으로 불법체류자에게 직접 도주를 지시하였다거나 도피 경로를 사전에 마련해두었다는 등의 특별한 사정이 있다면 불법체류자가 도피 과정에서 당한 사고는 사용자의 지배·관리하에 이루어졌다고 볼 수 있어 업무상 재해로 평가할 수 있다.

1. 사실관계

대상판결은 불법체류 상태로 근로를 제공하던 외국인인 망인이 출입국관리사무소의 단속을 피하던 중 추락사를 당한 것이 업무상 재해에 해당하는지 여부가 다투어진 사건이다.

망인은 미얀마 국적 외국인으로, 비자가 만료된 상태로 신축건물 공사현장에서 건축사 하청업체인 E사 철근공으로 근무해 왔다. 사건 당일 망인은 다른 근로자들과 함께 공사현장 내 컨테이너 건물에 마련된 식당에서 점심 식사 중이었는데, 출입국관리사무소 단속반원들이 12:05경 도착하여 단속을 개시했다. 이들은 유일한 출입구인 식당 1층 출입문을 통제하며 진입했고, 망인은 식당 창문으로 도주하려 했다. 창문 건너편에는 비계(높은 곳에서 공사하도록 설치한 임시 가설물)가 있었고, 망인은 창틀로 나가 비계 난간으로 건너뛰었다. 단속반원은 망인을 잡으려다 망인이 비계로 이동한 것을 보고

이를 포기하고, 창문으로 나가려는 다른 외국인들을 잡으려 했다. 망인은 12:07경 비계에서 약 7.5m 아래의 지하 바닥으로 추락했다. 단속 당시 현장 소장은 부재중이었고, 사건을 119에 신고한 것은 다른 관계자들이었다. 망인은 병원으로 이송되었으나 곧 뇌사 상태에 빠졌고, 18일 뒤 외상성 뇌출혈을 사인으로 사망했다.

이 날 단속에서 불법체류자로 확인된 외국인인은 총 33명이었다. 망인을 고용한 E사는 과거에도 불법체류자 고용으로 총 7차례나 형사처벌을 받은 전력이 있으며, 사용자가“불법체류자인 줄 알지만 인력이 필요해서 쓴다.”는 취지로 발언했던 점도 확인되었다.

망인의 배우자(이 사건 원고)는 이 추락사가 업무상 재해임을 주장하며 유족급여 및 장의비를 청구했으나, 근로복지공단은 부지급 처분을 했다. 이에 원고는 사업주가 망인이 불법체류 상태임을 알면서도 자신의 이익을 위해 단속의 위험을 감수하고 고용한 것이며, 따라서 단속과정에서 발생한 사고는 사업주의 도주 지시와 무관하게 해당 사업장의 내재된 위험이 실현된 것이므로 공단의 처분이 위법하다고 주장했다.

여기까지는 대상판결에 언급된 간략한 사실관계다. 그런데 망인의 추락사가 발생한 것은 2018. 7월이었고, 대상판결은 2019. 11월에 선고되었으며, 판결보다 앞선 2019. 1월에 이 사건에 대한 국가인권위원회의 직권조사 결정이 있었다.¹⁾ 동 결정문의 인정사실에는 출입국관리소의 인권 침해적 단속 방식과 망인의 추락 경위가 보다 자세히 드러나 있다. 단속반원들은 식당을 급습하며 단속의 취지를 전혀 고지하지 않은 채 폭력적인 방식으로 식사 중이던 근로자들을 무조건 제압부터 했으며, 심지어 한국인 근로자에게까지 신원 확인도 하지 않고 수갑부터 채우려 했다. 게다가 망인은 창문으로 도주한 예외적이거나 유일한 사람이 아니라 같은 방식을 시도한 9명의 외국인 중 한 명이었고, 창문으로 나간 최초가 아닌 두 번째 근로자였다. 또한 단속반원들은 망인이 추락한 것을 알면서도 조치를 취하지 않고 다른 외국인들 단속에만 전념했고, 119에 최초로 신고한 사람은 대기 중 이를 목격한 출입국관리사무소 운전사였다.²⁾

1) 국가인권위원회 침해구제 제2위원회 결정, 18-직권-001800 “단속과정에서의 이주노동자 사망사건 직권조사”, 2019. 1. 16.

2) 원고는 사업주가 적시에 응급 및 후송조치를 취하지 않은 채 상당시간 망인을 사고 장

2. 판결요지

대상판결은 업무수행성의 개념에 대해, “사용자의 지배·관리하에 이루어지는 당해 근로자의 업무수행 및 그에 수반되는 통상적인 활동과정에서 재해의 원인이 발생한 것으로, 업무장소에서 업무시간 내 발생한 사고라도 비업무적인 활동 때문에 생긴 사고라면 업무상 사고에 해당한다고 볼 수 없다.”(대법원 2006. 10. 13. 선고 2006두7669판결)는 기본 법리를 인용하고, 망인의 사고가 점심시간에 발생한 것을 환기하며 「산재보험법」 제37조 제1항 마목에서 업무상 사고의 범위를 휴게시간 중 발생한 모든 사고는 아닌 “휴게시간 중 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고”로 규정한다는 점을 언급했다. 또한 사고가 업무상 재해로 인정되려면 그 업무수행에서 수반되는 일반적인 위험의 범위 내에 있어야 한다는 법리도 인용했다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2009두508판결).

법원은 이러한 법리를 종합할 때 일반적으로 불법체류자인 근로자가 출입국관리사무소 단속반원들의 단속을 피하기 위하여 도망하던 중 사고를 당하였다면 업무관련성이 없다고 판시했다. 첫째, 사용자가 망인이 불법체류자임을 알고 고용한 것은 사실이지만 단속 당시 직접 도주를 지시하거나 도피방법을 사전에 마련해둔 것은 아니므로 사고에 업무관련성이 있거나 사용자 지배·관리하에 발생한 것으로 보기 어렵고, 둘째, 가사 E가 불법체류자라는 사실을 묵인한 채 망인을 고용한 것을 사업주 측의 묵시적 도주 지시가 있는 것으로 평가한다 하더라도, 망인이 창문을 통해 도주하려던 것은 다소 이례적이고 무리한 방법이므로 단속 도피 과정에서 ‘통상적, 전형적’으로 발생하는 사고로 보기 어려우며, 따라서 이 사고를 업무수행에 수반되는 일반적인 사고 내지 사업장에 내재된 위험이 현실화된 사고로 평가할 수 없다는 것이다. 또한 단속 과정에 절차적 위법이 있었더라도, 사고가 단속반원들의 무리한 신체 접촉으로 발생했다고 볼 근거는 없기 때문에 이 사고가 단속과정에서 통상적으로 발생하는 사고로 볼 수 없다고 했다.

소에 방치했다는 주장도 제기했으나, 대상판결은 이 주장은 근거가 부족하다고 보았다. 인권위 결정문의 인정사실에 따르면 단속반원들이 망인의 추락을 알면서도 방치한 사실은 확인되나, 사업주 측 현장관계자 1인은 즉시 추락 장소로 가서 망인의 상태를 확인하고 구조를 요청했던 것으로 보인다.

다만, “사업주가 구인난을 극복하기 위하여 불가피하게 불법체류자를 고용할 필요가 있을 수 있고 불법체류자를 고용한 데 따른 형사처벌을 받을 수 있으므로, 사업주가 불법체류자에 대한 고용을 지속하고 형사처벌을 면할 목적으로 불법체류자에게 직접 도주를 지시하였다거나 도피 경로를 사전에 마련해두었다는 등의 특별한 사정이 있다면 불법체류자가 도피 과정에서 당한 사고는 사용자의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있다.”는 단서를 붙였다.³⁾

3. 쟁점 및 평가

사안의 쟁점은 단속을 피하려던 망인의 추락사가 「산재보험법」 제37조에서 규정하는 업무상 재해, 그중에서도 업무상 사고에 해당하는지 여부이다. 법원은 이를 평가하기 위해 망인이 단속을 피해 도망가는 행위에 대한 사업주의 지배, 관리가 있어야만 업무수행성이 성립된다는 태도를 취했다. 이러한 전제하에 사업주가 망인에게 직접 도주를 지시한 사실은 없다는 점, 설령 불법체류임을 알고도 고용한 것을 일종의 묵시적 지시처럼 해석하더라도 망인이 창문으로 도주하려던 것은 이례적이고 무리한 방법이므로 단속 과정에서 발생하는 통상적 사고가 아니라는 것이다.

그런데 실제 출입국관리사무소의 단속 실태와 현황을 살펴보면 그간 무리한 단속으로 인해 외국인이 부상당하거나 사망에 이르렀던 사건은 안타깝게도 상당히 자주, 또 오랜 기간에 걸쳐 발생해 왔다. 출입국관리법에서 단속시 공무원들이 적법 절차를 준수하도록 규정하고 있음에도 불구하고, 2008년부터 지금까지 미등록체류자 단속 중 사망자 9명, 부상자 77명이 발생한 것으로 파악된다(대상판결 제외). 특히 사망은 대부분의 경우 추락사였다. UN 인종차별철폐위원회도 한국 정부에 대해 단속 과정에서 과도한 무력이 사용되고, 부상과 사망 피해자가 빈번히 발생하는 점에 우려를 표명

3) 대상판결에서 “다만” 이후의 이 부분은, 판결문에 명시되지는 않았으나 서울행정법원 2011. 6. 13. 선고 2010구단9757 판결과 거의 같은 내용이다. (2011년 판결은 단속을 피하던 불법체류 외국인이 3층에서 뛰어내려 부상한 유사한 사안인데, 산재를 인정받지 못했다.) 대상판결이 2011년 판결과 거의 동일한 문구를 사용했으나 판결번호를 명시하지는 않았다.

한 바 있다.⁴⁾

이러한 단속은 기본적으로 관할 공권력이 해당 사업장에 진입해서 개시하므로 대개의 경우 사고의 발생 장소, 시점이 사업장의 공간적 위치와 업무시간 범위 내에 있다. 일하던 중 단속을 받은 것이므로 피해자로서는 당연히 업무상 재해임을 주장하게 된다. 미등록 이주노동자의 단속 중 사고에 대해 이미 2000년대 중반부터 사법부의 판결이 몇 차례 있었으며, 업무상 재해를 인정한 선례도 있었는데 대상판결에서 유사한 사안에 대한 과거 판결을 인용하지 않은 점은 의아하다. 이하에서는 단속 중 사고의 업무상 재해 여부를 다뤘던 주요 판례 2건과 대상판결을 비교하며, 대상판결의 문제점이 무엇인지 살펴본다.

첫째, 대상판결처럼 단속을 피하다 추락사한 외국인에 대해 일찍이 업무상 재해임을 인정한 2008년 대법원 판결이 있다.⁵⁾ 대상판결과 마찬가지로 불법체류 상태로 일하던 외국인이 불시에 단속이 개시되자, 2층 사무실 창문으로 나가 에어컨 배관을 타고 내려가려다 추락해 뇌출혈로 사망한 사건이었다. 대상판결과 유일한 차이라면 단속 소식을 접한 사업주가 현장에 있던 관리부장을 통해 외국인을 대피시키라는 지시를 했다는 점인데, 관리부장은 1층에 있던 외국인 근로자들에게 2층에 가라고 했을 뿐 창문으로 나가라는 지시를 한 적은 없었다. 망인은 2층에 숨어 있다가 단속반원들이 올라온다는 소식을 듣고 자체 판단하에 창문으로 도주를 시도한 것이었다.

대법원 및 같은 취지로 판결한 원심(부산고등법원)은 단속을 피해 도주하다 발생한 사고의 성격을 다음과 같이 설명했다. “원고의 피신행위는 불법체류자로 단속될 경우 원고 개인이 입는 여러 불이익을 회피하기 위한 개인을 위한 행위기도 하지만, 다른 한편으로는 내국인을 고용하지 못한 사업주가 안정적이고 지속적인 사업을 영위하기 위해 어쩔 수 없이 취하게 된 방편이기도 한 점, 체류자격 없는 자를 고용한 사업주는 출입국관리법상 처벌을 받도록 규정되어 있으므로 사업주를 위한 행위이기도 하다.”고 보았다. 또한 “원고의 일련의 행위는 사업장 내에서 작업하던 도중 이루어진 것이고, 만일 원고가 재해를 입지 않고 단속만에 의해 단속되지도 않았다면 단속행위로

4) 위 인권위 결정문(2019. 1. 16), pp.19-20.

5) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두12344판결(원심: 부산고등법원 2008. 6. 20. 선고 2008누792 판결). 대법원은 피고의 상고를 기각하여 원심 결론을 확정하였다.

일시 중단된 피신 직전의 업무를 계속 수행했을 것으로 예상되는 점” 등을 고려하면 이 피신행위는 그 행위과정이 사업주의 지배, 관리하에 있는 경우에 분명히 해당되어 업무상 재해라고 보았다.

2008년 판결의 경우, 사업주가 2층으로 올라가라는 말을 한 사실 때문에 대상판결과 구별되는가? 다시 말하면, 대상판결이 단지 사업주의 직접적 도주 지시가 없었다는 이유만으로 망인의 산재보험 수급권을 부정한 것은 정당할까? 단속 과정에서 발생한 사고의 경우, 사업주의 명시적 지시 유무가 업무수행성을 판단하는 핵심 기준이 되어서는 안 된다. 사건 당시 현장에 사업주가 함께 있었느냐는 순전히 우연적인 요소에 따라 결과가 달라지기 때문이다. 사업장을 불시에 급습하는 단속 행정의 특성상 만일 사업주가 그 자리에 함께 있었다면 어떻게든 불법체류 외국인들을 도피시키려 할 확률이 높다. 사건 당시 명시적 지시가 없었다는 사실만으로 사업주 지배, 관리가 없다고 보는 것은 불법체류 사실을 이미 알면서도 법 위반을 감수하고 이들을 고용한 사업주들의 행위 동기를 고려하지 않은 단선적인 판단 방식이다. 대상판결에서도 만일 사업주가 단속 당시 함께 있었다면, 망인을 비롯한 외국인들에게 어떻게든 피하라는 의사를 전달하지 않았을까? 외국인들이 단속에 걸리지 않고 무사히 도망갔다 오는 것은 사업주의 이해관계와 일치하며, 그런 점에서 2008년 대법원 판결이 “원고의 대피는 사업주를 위한 행위기도 하다.”고 본 것이 정확한 현실 인식이다.

다음으로, 업무수행성의 핵심 기준인 사업주의 지배, 관리를 더욱 유연하게 해석한 다른 사례도 있었다. 2016년 서울고등법원 판결도 마찬가지로 불시의 단속을 피하던 외국인이 2층에서 추락한 사안이었는데, 여기서는 사용자의 직접 지시가 없었는데도 추락 사고를 업무상 재해로 인정했다.⁶⁾ 이 사안은 단속 당시 사업주가 부재중이었지만, 평소 단속에 대비하여 근로자들에게 알릴 용도로 비상벨을 설치해둔 등의 사실이 있었다. 서울고등법원은 사업주의 직접 지시는 없었지만 비상벨 설치 등은 일종의 “포괄적 대응 지침”이므로 지시와 동등하게 평가할 만하다고 했고, 2008년 판결과 마찬가지로 원고의 피신은 “벌금 등 불이익을 회피하려는 사업주를 위한 행위”라고 판시했다.

6) 서울고등법원 2016. 7. 8. 선고 2015누51417 판결.

비슷한 사건이 계속 발생하고, 단속 중 사고의 산재 여부를 다투는 판결례가 형성되어가자 근로복지공단은 2019. 3월 「불법체류자 단속 피신 중 발생한 사고의 업무처리요령」을 발표, 시행하기에 이른다. 동 지침은 단속 중 사고를 당한 불법체류 외국인의 경우 다음의 3대 요건을 충족하면 업무상 재해로 인정하겠다고 밝혔다. ① 사용자가 불법체류 외국인임을 인지하고 있었고, ② 단속 시 사업주의 도주 지시로 도주 중 사고 발생(적극적 지시뿐 아니라 평상 시 단속 대처, 도주 방법이나 경로에 대한 사전 교육, 비상벨 마련, 사업주의 직접 지시뿐 아니라 동료 간 정보공유 등을 알면서도 묵인하는 것도 지시에 포함), ③ 도주 및 사고발생 일련의 행위가 사업주의 지배관리 책임이 미치는 영역에서 발생했을 경우다.7)

대상판결을 2016년 고등법원 판결의 법리 및 근로복지공단 지침에 비추어 볼 때, ①과 ③요건은 충족되지만(사업주가 알면서도 불법체류자를 채용했고, 사고 시간과 장소도 업무 중인 점심시간의 사업장 내였으므로) 여전히 ②번 요건의 ‘지시’ 유무를 분별하기 모호하다. 2008년 판결처럼 직접 지시가 없던 것은 확실하고, 드러난 사실관계만 가지고는 2016년 판결처럼 이 사건 사업주가 평소 비상벨 같은 단속 대응책을 준비했는지를 알 수가 없다. 그렇다면 직접 혹은 간접, 적극 혹은 소극적으로라도 해석될 수 있는 지시의 존재를 입증하지 못했다는 이유만으로 사안의 망인은 산재 보상을 받을 자격이 없는 것일까. 이 역시 아니라고 본다. 왜냐하면 업무수행성 성립을 위해 사업주의 직접 지시 입증을 요구하는 것이 결국 단속 당일 순수한 우연에 좌우될 확률이 높은 것과 마찬가지로, 간접적·묵시적 지시 역시 사용자의 지배, 관리가 있었다는 규범적 판단을 이끌어내는 좋은 기준이 될 수 없기 때문이다. 똑같은 사고를 당한 상황에서 사장이 비상벨을 달아둔 사업장에서 일한 외국인은 산재 보상을 받고, 출입국관리법을 위반하려는 그러한 치밀함(?)이 없는 사장 밑에서 일한 외국인은 보상받지 못하는 것인가? 법 위반을 위해 더 많은 잔꾀를 부린 사장에게 고용된 외국인이 더 큰 노동보호를 받는 결론이 도출된다는 점에서, 이러한 기준은 법제도 전반의 정합성을 고려할 때 여전히 바람직하지 못하다. 전략적으로 사고하는 외국인 근로

7) 시간적 연속성이 있으면 되므로 예컨대 휴게시간 중 도주 과정도 포함될 수 있다. 다만 피신 과정에서 외국인이 타인 차량을 탈취하거나 단속반원에게 폭력을 행사하는 등의 경우는 통상 수준을 넘어선 범죄행위로 보아 업무상 재해에서 제외한다고 했다.

자라면, 평소 사업주에게 단속 피하는 법을 교육시켜 달라고 요청할 것이다. 공단 지침은 본의 아니게 출입국관리법 위반을 조장하는 부작용을 야기할 수 있다.

2016년 고등법원 판결과 근로복지공단 지침은 불법체류 및 불법고용을 둘러싼 현실을 점차 더 세심하게 반영하려는 노력을 보여주고 있어 환영할 만 하지만, 기본적으로 이른바 ‘사람사냥’으로 불리는 출입국관리사무소의 인권 침해적 단속이 개선되지 못하는 한 불의의 사고는 언제든지 또 일어날 수 있다. 그 때마다 산재 보상을 위해 사용자의 도주 지시를 입증해야만 하는 것은 근본적인 해결책이 되지 못한다.

지난 2016년 대한변협 인권보고서는 단속 중 사고 사안에서의 산재 인정을 위한 업무관련성은 사업주의 도주 지시와 무관하게 “고용행위 자체로부터 사실상 추정하는 것이 더 바람직”하다는 견해를 밝혔는데,⁸⁾ 이러한 해석에 동의한다. 불법체류 외국인을 고용하는 사용자는 언제든지 단속을 당할 수 있고, 단속이 발생하면 외국인이 잘 도피하는 것이 근로자에게나 사용자 양쪽 모두에게 이득이라는 점을 이미 예견하고 있기 때문이다. 대상판결에서도 원고는 망인의 추락은 사업주 지시 여부와 무관하게 “사업장의 내재된 위험이 실현된 것”으로 보아야 한다고 주장했는데, 이것이 바로 단속 중 발생한 사고의 업무수행성을 판단하는 핵심 기준이 되어야 한다.

기본적으로 불법체류 사실을 알면서도 채용한 ‘불법고용’이 있었다면 단속 중 발생한 사고는 업무상 재해로 추정하되, 공단 지침에서 밝히듯 산재보상 수급권의 예외가 될 만한 매우 이례적인 상황(사고가 단속 과정을 완전히 벗어난 범위에서 발생했거나, 외국인 쪽에서 범죄행위를 하는 등)에서는 부지급처분을 하면 될 일이다. 대상판결에서 망인의 사고는 그런 이례적인 상황이 아니었고, 오히려 우리나라 단속 행정에서 고질적으로 계속 발생해 온 통상적인 사고였다. 또한 절차를 위반한 무리한 단속도 사고의 원인을 제공했다면, 근로복지공단은 산재를 인정한 뒤 출입국관리사무소 등 유관 기관에 구상권을 행사할 수 있게 하여 형평성을 기하고, 지나친 단속에도 제동을 걸도록 유도할 수 있다.

미등록 이주노동자와 관련하여, 흔히 비자가 만료되었는데 아직 남아있거

8) 대한변호사협회, 『2016 인권보고서』(인권보고서 제31집), 2017, pp.160~161 참조.

나 원래 체류목적과 다르게 취업하는 등의 행위를 ‘불법체류’라는 용어로 비난한다. 그런데 이러한 외국인들의 저렴한 인건비와 낮은 교섭력을 이용하려는 ‘불법고용’도 엄연한 위법행위이며, 정책적으로는 불법체류 중인 사람을 단속한다고 이 문제가 해결되는 것이 아니라 불법고용한 사업주에게도 정당한 책임을 물어야 한다. 현행법의 제재가 효과적이지 못함은 판결문을 통해 알 수 있다. 대상판결의 사업주가 출입국관리법 위반으로 7차례나 처벌 받고도 아랑곳 않고 수십 명의 미등록 외국인들을 쓴다는 것은, 저렴한 노동력을 사용함으로 인해 얻는 경제적 이익이 벌금과는 비교할 수 없이 크다는 것을 말해준다.

대상판결이 고인의 산재를 인정하지 않은 것은 사용자의 법 위반에도 불구하고 결국 합당한 책임을 지우지 못했다는 결론이 된다. 불법고용을 둘러싼 사회적 현실에 대한 충분한 이해가 없었던 것으로 보이며, 유사한 사안에 대한 기존 판결들과 근로복지공단 지침 등을 인용하지 않은 것도 의문이다. 고인의 명복을 빌며, 항소심에서는 정의에 부합하는 판결을 볼 수 있길 기다려 본다.

이다혜(서울대학교 고용복지법센터 연구위원, 서울대 강사)

요양 도중 새로운 상병 발생 시

업무상 재해 인정

- 서울행정법원 2019. 12. 12. 선고 2019구합62482 판결 -

【판결요지】

업무상 재해로 인한 상병을 치료하는 과정에서 의료과오가 개입하거나, 약제나 치료방법의 부작용으로 인하여 새로운 상병이 발생하였다고 하더라도, 상당인과관계가 인정되는 한 이 또한 업무상 재해에 해당하는 것으로 보아야 한다.

그리고 업무상 재해의 요건인 상당인과관계를 판단할 때 고려할 근로관계에 수반되는 위험은 반드시 업무수행 그 자체에 수반되어야 한다는 의미는 아니고 일단 상당인과관계가 인정된 업무상 재해를 치료하는 과정에 통상적으로 수반되는 위험(교통사고 등)까지도 포함한다고 보아야 한다.

망인은 주식회사 A에서 근무하던 도중 이황화탄소 중독증, 안저이상, 난청 등의 상병이 업무상 재해로 인정되어 B병원에서 입원 및 통원치료를 받던 사람이었다. 그러던 중 망인은 B병원에서 진료 후, C약국에서 약을 처방 받은 다음 원동기장치자전거를 타고 가던 도중 넘어지면서 땅에 머리를 부딪쳐 사망하였다.

원고인 유족은 피고인 근로복지공단에게 망인이 평소 이황화탄소 중독증 등으로 평형감각이 좋지 않았으므로, 이 사건 사고 역시 업무상 재해로 인정되어야 한다고 주장하며 유족급여 및 장의비 지급을 청구하였으나, 근로복지공단은 망인은 교통사고로 사망하였으므로 구(舊) 「산업재해보상보험법 시행령」 제32조에서¹⁾ 말하는 요양 중의 사고라고 보기 어렵고, 산재로 승인

1) 구(舊) 「산업재해보상보험법 시행령」(2018. 12. 11. 대통령령 제29354호로 개정되기 전의 것) 제32조(요양 중의 사고) 업무상 부상 또는 질병으로 요양을 하고 있는 근로자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사고가 발생하면 법 제37조 제1항 제1호 바목에 따른 업무상 사고로 본다.

1. 요양급여와 관련하여 발생한 의료사고

된 상병인 이황화탄소 중독증과 사망 사이의 상당인과관계도 인정하기 어렵다는 이유로 유족급여 및 장의비를 지급하지 아니하는 처분을 내렸다.

망인의 주치의는 업무상 재해로 인정된 상병이 이 사건 사고 및 망인의 사망에 영향을 미쳤다는 의견을 밝혔고, 근로복지공단의 자문의들은 망인의 사망이 교통사고로 인한 경막하 출혈 등 외상성 손상이 원인이 된 것으로 업무상 재해로 인정된 상병인 이황화탄소 중독증 등이 영향을 미쳤다고 볼 수 없다는 의견을 밝혔다.

먼저 행정법원은 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002두13055 판결 등의 선례를 들어 “업무상 재해를 인정하기 위한 업무와 재해 사이의 상당인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것은 아니고, 제반 사정을 고려할 때 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 할 것이므로, 재해발생원인에 관한 직접적인 증거가 없는 경우라도 간접적인 사실관계 등에 의거하여 경험법칙상 가장 합리적인 설명이 가능한 추론에 의하여 업무기인성을 추정할 수 있는 경우에는 업무상 재해라고 보아야 할 것이며, 또한 업무상 재해로 인한 상병을 치료하는 과정에서 의료과오가 개입하거나 약제나 치료방법의 부작용으로 인하여 새로운 상병이 발생하였다고 하더라도 상당인과관계가 인정되는 한, 이 또한 업무상 재해에 해당하는 것으로 보아야 하고, 위와 같은 의료과오나 약제 내지 치료방법의 부작용과 새로운 상병의 발생 사이의 상당인과관계 유무를 따질 때에도 앞서 본 바와 같은 법리가 적용된다.”라고 판시한다.

그러나 엄밀히 말하면 본 사건의 사고는 위에서 말한 의료과오나 약제 및 치료방법의 부작용에 따른 새로운 상병 발생이 아니다. 따라서 행정법원은 업무상 재해의 유형을 규정한 구(舊) 「산업재해보상보험법」(이하, 산재보상법) 제27조 내지 제36조는 입법기술상 업무상 재해의 원인을 법령에 모두 열거하는 것은 불가능하기에 위 유형들은 예시적 규정이라고 보아야 하므로(대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두24214 판결 등) 동법 및 시행령에서 정한 유형에 해당하지 아니한다는 이유만으로 업무상 재해에 해당하지 않는다고 단정할 수 없다고 판시하였다.

2. 요양 중인 산재보험 의료기관(산재보험 의료기관이 아닌 의료기관에서 응급진료 등을 받는 경우에는 그 의료기관) 내에서 업무상 부상 또는 질병의 요양과 관련하여 발생한 사고

그리고 행정법원은 구(舊) 산재보상법 시행령 제32조는 업무상 재해를 치료하는 과정의 의료사고뿐만 아니라 요양 중인 산재보험 의료기관 내에서 업무상 질병의 요양과 관련하여 발생한 사고까지도 업무상 재해의 유형으로 정하고 있는데, 이는 업무상 질병의 요양에 수반되는 위험을 고려한 것이라는 점에서 사고의 발생 장소가 요양 중인 산재보험 의료기관 내인지 여부는 본질적인 것이 아니다. 따라서 업무상 재해의 요건인 상당인과관계를 판단할 때 고려할 근로관계에 수반되는 위험은 반드시 업무수행 그 자체에 수반되어야 한다는 의미는 아니고 일단 상당인과관계가 인정된 업무상 재해를 치료하는 과정에 통상적으로 수반되는 위험까지도 포함한다고 보아야 한다.

이에 행정법원은 본 사건의 사고는 망인이 업무상 재해를 치료받고자 요양 중인 산재보험 의료기관을 오가는 과정에서 통상적으로 수반되는 위험이 현실화된 것으로 업무상 재해를 인정할 수 있다고 판시하였다.

본 사안에서 발생한 사고는 현재 입법적으로 해결되었다. 현행 산재보상법 시행령 제32조는 제3호를 신설하여 “업무상 부상 또는 질병의 치료를 위하여 거주지 또는 근무지에서 요양 중인 산재보험 의료기관으로 통원하는 과정에서 발생한 사고”를 업무상 재해로 인정하고 있다.

그러나 본 사건은 이러한 입법 이전의 사고로서 구법 시행령 제32조의 해석론에서 그 결과를 도출해야 했다. 행정법원은 구법 시행령 제32조의 내용이 예시 조항임을 먼저 밝힌 다음, 동 조항의 취지가 업무상 질병의 요양에 수반되는 위험을 고려한 것이므로 업무상 재해를 치료하는 과정에서 통상적으로 수반되는 위험까지도 포함하여야 한다고 판시한 것이다.

이러한 행정법원의 판시 내용에 찬성하면서 리뷰의 판결요지에는 서술하지 않았으나 아쉬운 판시 내용이 있어 논의하자면 다음과 같다.

업무상 재해 판단에 있어 ‘업무수행성’과 ‘업무기인성’의 고수이다. 행정법원은 업무상 재해가 되기 위해서는 업무수행성과 업무기인성, 두 요건이 필요하다고 판시하였다. 1981년 개정 이전의 구(舊) 산재보상법 제3조(용어의 정의) 제1항에서는 업무상 재해를 “업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 재해”라고 정의하여 명문으로 업무상 재해가 되기 위해서는 업무수행성과 업무기인성이 필요했다. 그러나 1981년의 동법 개정 이후 산재보상법은 업무상 재해의 정의를 “업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다.”라고 규정하여 더 이상 업무수행성과 업무기인성을 요

구하지 않고 포괄적으로 하나의 판단 요소인 ‘업무상의 사유’를 볼 뿐이다. 따라서 현재 법원의 판시 내용 역시 현행법에 맞게 업무상 재해를 판단하는데 ‘업무상의 사유’ 하나의 요건만을 기준으로 보아야 한다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

업무상 스트레스 자살의 업무상 재해 인정

- 서울행정법원 2020. 8. 21. 선고 2019구합63164 판결 -
- 서울행정법원 2020. 9. 18. 선고 2019구합62826 판결 -

【판결요지】

근로자가 자살행위로 인하여 사망한 경우에 업무로 인하여 질병이 발생하거나 업무상 코로나 스트레스가 그 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 질병이 유발 또는 악화되고, 그러한 질병으로 인하여 정상적인 인식능력이나 행위선택능력, 정신적 역제력이 결여되거나 현저히 저하되어 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상황에서 자살에 이르게 된 것이라고 추단할 수 있을 때에는 업무와 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 있다.

비록 그 과정에서 망인의 내성적 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 영향을 미쳤다가나 자살 직전에 환각, 망상, 왜해된 언행 등의 정신병적 증상에 이르지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

(사안 1) 망인 A는 게임회사의 게임 배경 디자이너로 게임 출시를 앞두고 야근을 하고 퇴근하던 도중 회사 건물의 엘리베이터가 고장나 엘리베이터에 갇히게 되었다. 이로 인해 병원에서 공황장애 진단을 받았고, 외래로 공황장애 등에 대한 치료를 받았다. 그 후 출시한 게임의 실패로 회사가 어려워지자 망인은 회사를 그만두었고, 한 달여 후 망인은 자택에서 자살하였다. 평소 망인은 개인적인 사유로 인한 우울감, 무기력감, 불면증세를 겪었으며, 엘리베이터 갇힘 사건 전 지하철에서 갑자기 두근거림, 어지러움, 죽을 것 같은 두려움을 느낀 적도 있었다. 망인의 부모인 원고는 근로복지공단에 망인의 자살이 업무상 재해에 해당하므로 유족급여 및 장의비 지급을 신청하였고, 근로복지공단은 망인의 자살이 업무상 원인이 되지 않는다는 이유로 신청을 거부하였다(서울행정법원 2020. 8. 21. 선고 2019구합63164 판결).

(사안 2) 망인 B는 아파트 관리소장으로 아파트를 순찰하고 주민들의 민원을 해결하는 업무를 맡았다. 입주민 C로부터 2년간에 걸친 지속적인 민원

을 받았으며, 그 과정에서 C는 망인에게 샅대질하고 욕박지르는 행동 등을 하였다. 욕박지름 사건 후 망인은 회사 대표에게 민원이 해결되지 않아 힘들어 그만두고 쉬고 싶다는 취지로 이야기하였고 이를 후 인근 산책로에서 자살하였다. 욕박지름 사건 전 망인은 정신건강의학과 진료를 받았고 상담 중 부동산 투자 실패 등으로 인한 스트레스를 토로하였다. 망인은 정신건강의학과로부터 ‘혼합형 불안 및 우울장애, 비기질성 불면증’을 진단받았다. 망인의 배우자인 원고는 근로복지공단에 망인의 자살이 업무상 재해에 해당하므로 유족급여 및 장의비 지급을 신청하였고, 근로복지공단은 망인의 자살이 업무상 원인이 되지 않는다는 이유로 신청을 거부하였다(2020. 9. 18. 선고 2019구합62826 판결).

자살(자해를 포함)은 자신의 의지(자유의지)에 의한 결과물이다. 따라서 자살의 원인은 자신에게 있으며 다른 원인은 원칙적으로 인과관계가 인정되지 않는다. 업무 스트레스로 자살을 한다고 하더라도 자살은 스스로의 선택이기 때문에 업무상 스트레스는 자살의 원인이 되지 못한다. 그러나 만일 자살이 스스로 한 것이 아니라면 어떻게 될까?

「산업재해보상보험법」(이하, 산재보험법) 제37조 제2항은 “근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.”라고 규정한다. 따라서 자살은 고의행위로서 업무상 재해가 될 수 없다. 그러나 동 조항은 단서로 예외 사유를 적시한다. “다만, 그 부상·질병·장해 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 낮아진 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 업무상 재해로 본다.”라는 것이다. 즉, 사려분별을 하지 못하는 정신능력에서 행한 자살은 자신의 자유의지일 수가 없기에 단절된 인과관계가 부활하는 것이다. 산재보험법 시행령 제36조는 정상적인 인식능력 등이 낮아진 경우를 다음 세 가지로 열거한다.

- ① 업무상의 사유로 발생한 정신질환으로 치료를 받았거나 받고 있는 사람이 정신적 이상 상태에서 자해행위를 한 경우
- ② 업무상의 재해로 요양 중인 사람이 그 업무상의 재해로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 한 경우

③ 그 밖에 업무상의 사유로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 하였다는 상당인과관계가 인정되는 경우

세 가지 경우를 보면, 법조문이 규정하고 있는 ‘정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 낮아진 상태’란 다른 아닌 ‘정신적 이상 상태’라는 것을 알 수 있다. 결론적으로 자살이 업무상 재해로 인정받기 위해서는 망인은 정신적 이상 상태에 빠져 있어야 한다.

사안1과 사안2에서 행정법원은 모두 “정상적인 인식능력이나 행위선택 능력, 정신적 억제력이 결여되거나 현저히 저하되어 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상황에서 자살에 이르게 된 것이라고 추단할 수 있을 때에는 업무와 사망 사이에 상당인과관계가 있다.”라고 한 것은 바로 위와 같은 법리 때문이다.

그런데 만일 자살의 원인이 업무와 관계된 것 하나가 아니라 여러 개일 때는 어떻게 판단할 것인가가 문제가 된다. 사안1의 경우 망인의 공황장애는 그 전부터 소인이 있었고, 사안2의 경우 망인은 직전 다른 사유로 인한 우울증세를 호소하였다. 이렇게 인과관계가 경합할 때에는 어떻게 해야 할 것인가?

행정법원은 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016두59010 판결을 인용하며 “그 과정에서 망인의 내성적 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 영향을 미쳤다가 자살 직전에 환각, 망상, 와해된 언행 등의 정신병적 증상에 이르지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”라고 하여 업무와 사망 사이의 인과관계를 인정하였다.

따라서 행정법원은 사안1에서 “망인이 자살 행위로 사망하였다고 하더라도 망인은 업무상 재해인 이 사건 사고(엘리베이터 갇힘 사건)로 인하거나 위 사고에 업무상 스트레스가 경합하여 망인에게 내재되어 있던 공황장애의 소인이 급격하게 공황장애로 악화되었고 이로 인하여 망인이 정상적인 행위선택능력이 현저히 저하된 상태에서 자살을 한 것이라고 추단할 수 있다. 따라서 망인의 업무와 사망 사이에는 상당인과관계가 인정된다.”라고 하여 망인의 업무상 재해를 인정하였다.

사안2 역시 행정법원은 “망인은 입주민의 지속적이고 반복적인 민원 제기로 인한 업무상 스트레스가 개인적인 경제적 문제와 정신적 취약성 등의

요인에 겹쳐서 우울증세가 유발 및 악화되었고, 그로 인하여 정상적인 인식 능력이나 행위선택능력, 정신적 억제력이 결여되었거나 현저히 저하되어 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상황에서 자살에 이르게 된 것으로 볼 수 있다. 따라서 망인의 사망과 업무 사이의 상당인과관계를 인정할 수 있다.”라고 하여 망인의 업무상 재해를 인정하였다.

행정법원의 두 판결은 산재보험법의 법문과 대법원의 선례를 충실히 따른 것으로 타당하다. 인과관계의 경합에 있어서 업무상 스트레스가 기존의 질병(공황장애 또는 우울증)을 악화시켰다면 상당인과관계를 인정할 수 있으며, 망인의 개인적인 취약성이 영향을 미쳤다고 해도 여전히 업무와 공동의 인과관계를 이루는 이상 업무와 자살 간의 상당인과관계가 부정될 수 없기 때문이다.

그러나 여기서 법 제도에 대한 근본적인 의문을 던져보고자 한다. 위 두 사안의 경우 망인들은 정신건강의학과 진료기록이 남아 있어 쉽게 정신적 이상 상태를 인정받을 수 있었다. 그러나 정신건강의학과 진료기록이 없거나 급격한 스트레스 발생으로 순간적으로 자살을 한 경우 현실적으로 정신적 이상 상태를 증명하기가 쉽지 않다. 그렇다고 자살은 모두 정신적 이상 상태라고 할 수도 없다. 정신적 이상 상태로 자살의 자유의지를 없애 업무와의 인과관계를 부활시키는 복잡한 방법이 아닌 업무상 스트레스로 인한 자살에서 자살은 수단일 뿐이고 업무상 스트레스가 자살의 직접적인 원인이라고 이론을 구성할 수는 없을까?

이에 표본으로 삼을 만한 선례가 있다. 대법원은 2017. 4. 27. 선고 201655919 판결에서 야식비의 용도를 두고 물리적인 싸움을 하던 도중 급성 심장사로 사망한 사안에서 망인의 사망은 폭력이 매개되었지만, “직장 안의 인간관계 또는 직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험이 현실화되어 발생한 것으로서 업무와 사이에 상당인과관계가 있으면 업무상 재해로 인정하여야 한다.”라고 판시하였다. 즉, 싸움이라는 자유의사에 따른 결과물로 사망이 일어났다고 하더라도 그 원인이 직무에 내재하거나 통상 수반되는 위험이 현실화된 것이라면 직접적인 인과관계를 인정할 수 있다는 것이다. 그렇다면 자살도 그 원인이 직무에 내재하거나 통상 수반되는 위험(예: 고객에 의한 괴롭힘)에 의해 일어난 것이라면 직접적인 인과관계를 인정하여야 한다. 따라서 정



신적 이상 상태가 없는 경우에도 자살의 업무상 재해를 인정할 수 있는 길을 열어두어야 한다.

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

업무상 질병의 직접적인 증명이 어려운 경우의 인정기준

- 서울행정법원 2020. 9. 10. 선고 2019구단66678 판결 -

【판결요지】

첨단사업분야에서 유해화학물질로 인한 질병에 대해 산업재해보상보정으로 근로자를 보호할 현실적·규범적 이유가 있는 점, 산업재해보상보험제도의 목적과 기능 등을 종합적으로 고려할 때, 근로자에게 발병한 질병이 이른바 ‘희귀질환’ 또는 첨단산업현장에서 새롭게 발생하는 유형의 질환에 해당하고 그에 관한 연구결과가 충분하지 않아 발병원인으로 의심되는 요소들과 근로자의 질병 사이에 인과관계를 명확하게 규명하는 것이 현재의 의학과 자연과학 수준에서 곤란하더라도 그것만으로 인과관계를 부정할 수는 없다.

원고 A는 1997. 7. 15. B 회사의 C 반도체 공장에 입사하여 웨이퍼 가공 공정 오퍼레이터로 근무하다 2005. 8. 15. 퇴사하였다. 원고는 2004. 5.경부터 어깨 통증, 상하지 감각 이상 등의 증상이 발생하였는데 2008. 11.경 다발성 경화증 진단을 받았고 새로운 진단체계가 확립됨에 따라 진단병명이 ‘시신 경척수염(이하, 이 사건 상병)’으로 변경되었다.

원고는 2017. 9. 27. 피고인 근로복지공단에 이 사건 상병에 관하여 요양급여신청을 하였으나 피고는 업무상질병판정위원회의 심의 결과를 기초로 이 사건 상병과 업무 사이에는 상당인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 요양불승인처분을 하였다. 업무상질병판정위원회의 심의 결과는 아래와 같다.

“발병경위, 작업환경, 업무내용, 관련 의학자료 및 업무상 질병 여부 심의결과, 재해근로자 및 대리인의 의견진술 내용 등 제시된 자료 일체를 검토한 결과, 이 사건 상병은 희귀한 질환으로 자가면역질환이라는 것 이외에 아직 그 발병 원인이 명확히 밝혀지지 않은 점, 업무수행 중 노출된 유해 물질과 관련된 조사내용(노출 정보)도 명확하지 않아 상병과 업무 간 인과관계를 논하기 어려운 점, 역학조사 결과를 살펴보아도



업무와의 관련성이 인정되지 않았으며 달리 역학조사 결과를 부정할 만한 근거가 부족한 점 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 상병과 업무 간의 상당인과관계가 인정되지 아니한다.”

원고는 불복하여 재심사청구를 하였으나, 산업재해보상보험재심사위원회는 2019. 5. 3. 원고의 재심사 청구를 기각하였고, 이에 원고는 근로복지공단을 상대로 요양불승인처분취소의 소를 제기하였다.

법원은 먼저 원고의 작업환경을 살펴보았다. 원고가 근무한 당시였던 1998년 시점에는 자동화가 되어 있지 않아 케미컬 체인지 등의 업무를 수동으로 수행하는 경우가 많았고, 작업 중 수시로 IPA, 아세톤 등의 유기용제를 사용하여 작업장이나 설비에 묻은 화학물질을 닦아 내야 했다. 그리고 보안경, 내산 앞치마, 토시 및 PVC 장갑 등의 보호장구가 갖추어져 있었지만, 일부 방독면을 제외하고는 근로자들이 일반적으로 사용할 수 있는 방독 마스크 등의 호흡용 보호구는 갖추어져 있지 않았다. 그리고 근로자들은 과도한 물량으로 업무효율을 높이기 위해 필요한 보호장구를 착용하지 않은 채 작업하는 경우도 있었다.

역학조사는 원고 근로자에게 불리하게 나왔는데 역학조사평가위원회 통합회의는 현재까지 이 사건 상병의 직업환경요인에 관한 연구는 알려진 바가 없고, 매우 희귀한 질병이기 때문에 직업, 환경적 요인에 대한 역학적 연구가 유의미하게 나타나기 어렵다는 한계가 있다고 하였다. 또한 원고가 확산공정에서 작업하는 동안 여러 금속 및 유기용제에 노출되었을 것으로 추정하나, 질병 발생 이전의 작업환경 측정에 대한 자료가 불충분하기 때문에 정확한 노출정보를 얻을 수 없기에 원고의 상병은 업무관련성의 과학적 근거가 거의 없다고 판단하였다.

그러나 법원의 판단은 달랐다. 법원은 역학조사평가위원회가 한 과학적 인과관계는 상당인과관계를 판단기준으로 하는 우리 업무상 재해 인정기준에서 받아들일 수 없음을 분명히 하였다. 즉, “인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고 법적·규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되면 그 증명이 있다고 보아야 한다. 산업재해의 발생원인에 관한 직접적인 증거가 없더라도 근로자의 취업 당시 건강상태, 질

병의 원인, 작업장에 발병원인이 될 만한 물질이 있었는지 여부, 발병원인물질이 있는 작업장에서 근무한 기간 등의 여러 사정을 고려하여 경험칙과 사회통념에 따라 합리적인 추론을 통하여 인과관계를 인정할 수 있다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두12530 판결 등 참조).”라는 것이다.

여기에서 사건의 발생 장소가 반도체 공장이라는 점을 감안하여 같은 사업장에서 일어난 사건에 대한 대법원의 판시를 더 한다. “첨단산업분야에서 유해화학물질로 인한 질병에 대해 산업재해보상보험으로 근로자를 보호할 현실적·규범적 이유가 있는 점, 산업재해보상보험제도의 목적과 기능 등을 종합적으로 고려할 때, 근로자에게 발병한 질병이 이른바 ‘희귀질환’ 또는 첨단산업현장에서 새롭게 발생하는 유형의 질환에 해당하고 그에 관한 연구 결과가 충분하지 않아 발병원인으로 의심되는 요소들과 근로자의 질병 사이에 인과관계를 명확하게 규명하는 것이 현재의 의학과 자연과학 수준에서 곤란하더라도 그것만으로 인과관계를 쉽사리 부정할 수 없다. (... 중략 ...) 나아가 작업환경에 여러 유해물질이나 유해요소가 존재하는 경우 개별 유해요인들이 특정 질환의 발병이나 악화에 복합적·누적적으로 작용할 가능성을 간과해서는 안 된다(대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결 참조).”라는 것이다.

이러한 법리를 전제로 법원은 다음과 같은 이유로 이 사건 상병과 원고의 업무 사이에 상당인과관계를 인정하였다.

첫째, 유기용제가 신경계 질환의 발병에 영향을 미친다는 것은 의학적으로 확립된 견해로 보이고, 유기용제는 휘발성이고 지질 친화성이 커서 체내에 흡수되면 중추신경계 등 중요 기관을 쉽게 침범하여 그 영향이 매우 강력하다는 점

둘째, 원고가 근무한 라인은 오픈 베이(open bay) 방식으로 공정 간 구분이 없어 다른 공정에서 발생하는 유해화학물질에도 항시 노출되었을 것으로 보이는 점

셋째, 노출 수준이 노출 기준에 크게 미치지 못한다고 하더라도 근로자가 저농도의 유해물질이더라도 지속적으로 장기간 노출될 경우 건강상 장애를 초래할 개연성이 있고, 노출 기준은 단일 물질의 노출을 전제로 한 것인데 여러 유해 물질에 복합적으로 노출될 경우 유해 요소들이 서로 상승작용을 하여 질병 발생 위험을 높일 가능성이 있는 점

넷째, 유해물질의 낮은 노출 수준은 설비가 정상적으로 작동함을 전제로 한 것인데 반도체 사업장에서는 여러 가지 설비의 비정상적 운용 상황이 발생하고 그 과정에서 작업자들은 고농도의 유해화학물질에 급성으로 노출될 우려가 크다는 점

다섯째, 국내 질병관리본부에 등록된 시신경척수염 환자의 평균 나이는 41.6세이고, 해외 연구에 나타난 시신경척수염의 평균 시작 연령은 39세인데, 원고는 이보다 훨씬 어린 24세의 나이에 이 사건 상병이 발병하였고 이 사건 상병과 관련한 병력이나 가족력이 없는 점

여섯째, 8년간의 근무기간 동안 교대근무와 과도한 초과근무를 수행하였는데, 이 같은 근무 형태가 이 사건 상병을 유발하는 직접적인 원인이 되었다고 볼 만한 근거는 없지만, 불규칙한 수면과 생체리듬의 혼란, 업무상 파르나 스트레스가 원고의 면역력을 약화시킴으로서 이 사건 상병의 발병이나 진행을 촉진하는 하나의 원인으로 작용하였을 가능성을 배제할 수 없다는 점이다.

본 판결은 첨단산업의 사업장에서 발생하는 희귀질환 또는 새로운 유형의 질환에 관해서 연구 결과가 충분하지 않아 직접적인 인과관계, 즉 현재의 의학과 자연과학 수준에서 그 원인을 증명하는 것이 곤란하다라도 쉽게 인과관계를 부정하여서는 안 된다는 것을 내용으로 한다. 우리 「산업재해보상보험법」 제37조 제1항이 업무상 재해의 인정기준으로 상당인과관계를 규정하고 있는 이상 이는 당연하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 상당인과관계는 치밀한 논리를 전제로 하는 것이 아니라 경험적인 판단력과 규범적 정책-입법의 목적-까지도 고려하는 것이기 때문이다. 따라서 새로운 내용이 실시되었다기보다는 사실관계를 바탕으로 기존의 법리를 치밀하게 표출하였다는 점에서 주목받을 필요가 있다.

본 판결이 마지막으로 산업재해보상보험제도의 목적과 함께 내세우고 있는 다음과 같은 설치는 업무상 질병의 직접적인 증명이 어려운 경우 법원이 지녀야 할 지향점에 대해서 잘 설명하고 있다. “근로현장에서 발생할 수 있는 산업안전보건상의 위험을 사업주나 근로자 어느 일방에게 전가하는 것이 아니라 공적 보증을 통해 산업과 사회 전체가 이를 분담하도록 하는 산업재해보상보험제도의 목적을 고려하여 보면, 근로자에게 책임 없는 사유로 사

실관계나 상병의 발생원인 등이 제대로 규명되지 않은 사정에 관하여 증명 책임에 있어 열악한 지위에 있는 근로자에게 불리하게 인정하는 것은 타당하지 않다.”

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

이중으로 고용된 장애인 근로자에 대한 법적 취급

- 서울행정법원 2019. 10. 10. 선고 2019구합1784 판결 -

【판결요지】

장애인의 이중고용을 제한할 공익상 필요가 크다 하더라도, 이와 같이 행정규칙인 ‘지침’의 형식으로 장애인 근로자가 여러 사업주에게 이중으로 고용된 경우에 어느 하나의 사업주에게만 장애인 고용을 인정하고 다른 사업주에 대하여는 이를 부인하려면 법령에 명확한 위임규정이 있어야 할 것임에도 ... 이 사건 지침은 법률의 근거없이 제정된 행정청 내부의 업무처리지침에 불과하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규로서의 효력이 없다.

대상판결의 사안에서는, 원고(회사)에게 고용된 장애인 근로자 중 다른 사업주에게도 이중으로 고용된 자가 있었는데, 피고 장애인고용공단이 이에 대한 장애인 고용을 인정할 수 없다는 이유로 ‘장애인이 둘 이상의 사업주에게 고용된 경우의 업무처리지침’(이하, 이 사건 지침)이라는 내부 지침에 따라 원고에게 장애인 고용부담금 징수처분을 내린 것이 문제되었다(이하, 이 사건). 원고는 이 사건 지침이 법령의 위임없이 행정청에서 임의로 만들어진 내부 업무처리지침에 불과하고 이 사건 처분에 대한 법적 근거가 없으므로 이 사건 처분이 위법하다고 주장하였다.

비장애인뿐만 아니라 장애인에게도 참여와 차별금지 등 동일하게 보장되어야 한다. 특히 장애인은 고용취약계층이기 때문에 장애인고용의무라든가 장애인고용부담금은 장애인의 참여를 보장하기 위한 중요한 수단이라고 볼 수 있다. 그래서 국가는 「장애인 고용촉진 및 직업재활법」(이하, 장애인고용촉진법)에서 사업주로 하여금 장애인 의무고용을 하도록 요구하고 있고 의무고용률에 미달하는 만큼 장애인고용부담금을 납부하도록 하고 있다. 일정한 비율의 의무고용을 통해 장애인 고용을 촉진하고 이것이 여의치 않은 사업주로 하여금 부담금을 납부하도록 하여 장애인 고용을 촉진하기 위한 정책 비용으로 활용하는 것이다.

장애인 고용은 우리 사회를 보다 성숙된 사회로 만드는 데 있어서 필요하고 중요한 ‘약자에 대한 배려’라는 사회적·공익적 가치를 실현하는 의미를 가진다. 그렇지만 사업주 입장에서 보자면, 장애인 의무고용은 채용의 자유를 일정 부분 제한받게 되는 것이고 장애인고용부담금은 재산권을 제한받는 것이 되기도 한다. 그래서 국가는 장애인고용촉진법이라는 법률의 명확한 근거를 통해서 장애인 의무고용과 장애인고용부담금을 인정하는 것이다. 즉 아무리 훌륭한 취지의 제도나 정책이라도, 사업주 역시 국민이기 때문에 그의 권리나 의무에 영향을 주거나 법적 지위를 변동시키는 조치를 취하기 위해서는 반드시 법률적 근거가 존재해야 한다.

이 사건에서 문제된 지침에서는 장애인이 둘 이상의 사업주에게 고용된 경우 부담금 감면 또는 장려금 수혜 대상 사업주는 첫째, ‘통상임금이 많은 사업장의 사업주’, 둘째, ‘월 소정근로시간이 긴 사업장의 사업주’, 셋째, ‘근로자가 선택한 사업장의 사업주’라는 순서에 따라 하나의 사업주만을 선택하여 지원해야 하는 것으로 규정하고 있었다. 즉 이 사건 지침에 따르면 장애인 근로자가 둘 이상의 사업주에게 이중으로 고용되어 있는 경우 어느 하나의 사업주는 장애인을 고용하고 있지 않는 것으로 취급될 수밖에 없고 그에 대한 효과로 장애인고용부담금을 부과받을 수밖에 없는 상황에 놓이게 된다.

그런데, 근로자의 이중 고용에 대한 처리 혹은 효과와 관련하여 명시적인 규정을 두고 있는 경우는 「고용보험법」(이하, 고용보험법)에서 찾아볼 수 있다. 「고용보험법」에서는 근로자가 보험관계가 성립되어 있는 둘 이상의 사업에 동시에 고용되어 있는 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 그중 한 사업의 근로자로서의 피보험자격을 취득한다는 명시적인 규정을 두고 있다(고용보험법 제18조). 예컨대, 대학 시간강사가 여러 학교에서 시간강의를 하는 경우 어느 하나의 대학만을 사업주로 하여 고용보험의 피보험자격을 취득하는 것이 그러하다.

그에 비해 장애인고용촉진법에서는 장애인 근로자가 이중으로 고용된 경우에 사업주의 장애인 고용의무 충족여부라든가 장애인 고용부담금 산정에 있어서 어떻게 취급할 것인지에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 물론 법령에서 규정되어 있지 아니한 사항에 관하여 행정청이 내부의 사무처리를 위하여 지침을 제정하여 활용할 수는 있다. 그렇지만, 이러한 지침에는 법률



의 위임이 없는 한 국민의 법적 지위나 권리·의무에 영향을 미치는 내용을 포함할 수 없고 설사 법률에서 어떤 사항에 관한 위임이 있더라도 포괄적 위임은 허용되지 않는다. 이 사건 지침은 법령에 아무런 근거가 없이 사업주의 권리나 의무에 영향을 주는 장애인 근로자의 이중고용에 대한 처리 방향을 정하고 있는 것이다.

장애인의 고용을 촉진하고자 하는 공익적 취지를 강조하는 관점에서 보자면, 장애인 근로자의 이중 고용이 있는 경우에 어느 하나의 사업주에게만 고용된 것으로 보는 것이 타당해 보일 수는 있다. 그러나 그렇게 하기 위해서는 법령에 명시적인 근거가 있어야 한다. 왜냐하면 장애인 근로자의 이중 고용을 어떻게 취급할 것인가는 사업주에게 장애인 고용 혹은 장애인 고용부담금이라고 하는 의무를 부담시키는 문제로 연결되기 때문이다. 반대로 보자면, 법령상 근거없이 사업주에게 불이익을 줄 수는 없는 것이다. 사업주 입장에서는 자신에게 고용된 장애인 근로자가 이중 고용인지 삼중 고용인지 알기도 어렵거니와 장애인 근로자의 고용을 확대하겠다는 명분으로 이중 고용에 대해 장애인 고용으로 인정하지 않게 되면 장애인 고용부담금에 부담을 느끼는 사업주가 어차피 장애인 고용부담금을 부담하게 되는 상황이라면, 굳이 자신에게 이중으로 고용된 장애인을 계속 고용할 유인이 약해지므로 그를 내보내고 비장애인을 채용하고자 하는 유인이 커질 것이다. 이는 이중 고용된 장애인이 자신의 능력과 무관하게 하나의 취업 기회를 상실하게 되는 것이기도 하다.

법원은 피고가 이 사건 처분의 근거로 들고 있는 이 사건 지침은 법률의 근거 없이 제정된 행정청 내부의 업무처리지침에 불과하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규로서의 효력이 없고, 따라서 이에 따라 내려진 이 사건 처분은 위법하다고 판단하여 피고의 처분을 취소하였다. 타당한 판단이라고 본다. 덧붙여, 대상판결에 대해서는 피고가 항소하지 않아서 원고 승소로 확정되었다.

〈부록〉 노동판례리뷰 2020 목록(주제별)

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
노동법의 적용	대법원 2020. 1. 9. 선고 2019도12765 판결	권오상	202002	노동리뷰 2020년 3월호
	대법원 2020. 2. 6. 선고 2018다241083 판결	방강수	202009	노동법학 제75호
	대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다263519 판결	양승엽	202006	노동법학 제74호
	대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 판결	노호창	202006	노동법학 제74호
	대법원 2020. 6. 4. 선고 2019다297496 판결	권오성	202009	노동리뷰 2020년 9월호
	대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다207864 판결	김 린	202009	노동법학 제75호
	대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결	방강수	202010	노동리뷰 2020년 10월호
	대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결	양승엽	202009	노동법학 제75호
	대법원 2020. 7. 9. 선고 2018두38000 판결	김근주	202009	노동리뷰 2020년 9월호
	서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2018나2054232 판결	양승광	202003	노동법학 제73호
	서울동부지방법원 2018. 10. 4. 선고 2018고단1331 판결, 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도9688 판결	이다혜	202003	노동법학 제73호
	부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결	남궁준	202002	노동리뷰 2020년 2월호
서울중앙지방법원 2020. 2. 19. 선고 2019고단7006 판결	박제성	202004	노동리뷰 2020년 4월호	
근로조건 결정규범	대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결	구미영	202002	노동리뷰 2020년 2월호
	대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결	박제성	202001	노동리뷰 2020년 1월호
	대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결	김근주	202001	노동리뷰 2020년 1월호
	대법원 2019. 11. 28. 선고 2019두47377 판결	김 린	202002	노동리뷰 2020년 2월호
	대법원 2020. 6. 4. 선고 2020두32012 판결	김근주	202008	노동리뷰 2020년 8월호
	대법원 2019. 12. 24. 선고 2015다254873 판결	양승엽	202003	노동법학 제73호
	울산지방법원 2019. 8. 9. 선고 2019고단428 판결	양승엽	202003	노동법학 제73호
	창원지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019나52123 판결	강선희	202006	노동리뷰 2020년 6월호
근로조건	인천지방법원 부천지원 2020. 7. 22. 선고 2020가합10193 결정	양승엽	202012	노동법학 제76호
	대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체판결	권오성	202003	노동리뷰 2020년 3월호
	대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결	김근주	202006	노동리뷰 2020년 6월호
	대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다303417 판결	권오성	202008	노동리뷰 2020년 8월호
	서울중앙지방법원 2019. 11. 7. 선고 2017가합562931 판결	이다혜	202002	노동리뷰 2020년 2월호
서울중앙지방법원 2019. 11. 7. 선고 2017가합562931 판결	방강수	202006	노동법학 제74호	



대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
인사이동, 징계, 근로 관계의 변동	서울고등법원 2020. 7. 7. 선고 2019나2057658 판결	노호창	202012	노동법학 제76호
	서울행정법원 2019. 8. 13. 선고 2018구합88142 판결	노호창	202006	노동법학 제74호
	서울중앙지방법원 2019. 10. 29. 선고 2018가단5125207 판결	노호창	202003	노동법학 제73호
	서울행정법원 2019. 12. 20. 선고 2019구합54603 판결	양승엽	202003	노동리뷰 2020년 3월호
	서울행정법원 2020. 2. 6. 선고 2018구합75504 판결	정영훈	202005	노동리뷰 2020년 5월호
	서울행정법원 2020. 12. 1. 자 2020아13354 결정	노호창	202012	노동법학 제76호
근로관계의 종료	대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결	강선희	202004	노동리뷰 2020년 4월호
	서울행정법원 2020. 3. 12. 선고 2019구합4899 판결	박은정	202005	노동리뷰 2020년 5월호
노동조합	대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결	김홍영	202011	노동리뷰 2020년 11월호
	대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결	노상현	202010	노동리뷰 2020년 10월호
	대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결	박재성	202012	노동법학 제76호
	대법원 2020. 10. 29. 선고 2017다263192 판결	장영석	202012	노동리뷰 2020년 12월호
	대법원 2019. 10. 31. 선고 2019도8505 판결	노호창	202001	노동리뷰 2020년 1월호
	서울중앙지방법원 2019. 12. 17. 선고 2018고합557,704,756,828,918,926,927,1025,1045, 2019고합20,442(모두 병합) 판결	방강수	202004	노동리뷰 2020년 4월호
쟁의행위	대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도18524 판결	신수정	202006	노동리뷰 2020년 6월호
	대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도3048 판결	노호창	202008	노동리뷰 2020년 8월호
	대법원 2020. 7. 9. 선고 2015도6173 판결	이승욱	202011	노동리뷰 2020년 11월호
	대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결	양승엽	202011	노동리뷰 2020년 11월호
	대구지방법원 김천지원 2020. 2. 12. 선고 2019고단579 판결	양승엽	202006	노동법학 제74호
	서울행정법원 2020. 4. 9. 선고 2019구합72854 판결	노호창	202012	노동법학 제76호
	부산지방법원 서부지원 2020. 9. 9. 선고 2019고정1106 판결	방강수	202011	노동리뷰 2020년 11월호
비정규직	대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결	권오상	202008	노동리뷰 2020년 8월호
	대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결	강선희	202010	노동리뷰 2020년 10월호
	대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결	강선희	202010	노동리뷰 2020년 10월호
	대법원 2020. 8. 27. 선고 2017두61874 판결	박재성	202012	노동리뷰 2020년 12월호
	대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47857 판결	김영택	202009	노동법학 제75호
	서울고등법원 2019. 11. 12. 선고 2019나2001310 판결	방강수	202003	노동리뷰 2020년 3월호
	서울고등법원 2020. 1. 9. 선고 2019누49986 판결	노상현	202005	노동리뷰 2020년 5월호
울산지방법원 2020.2.19. 선고 2018가합24567 판결	방강수	202007	노동리뷰 2020년 7월호	

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
사회보장 노동시장	대법원 2020. 4. 9. 선고 2016도14559 판결	심재진	202007	노동리뷰 2020년 7월호
	대법원 2020. 4. 9. 선고 2016도14559 판결	양승광	202006	노동법학 제74호
	대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결	양승엽	202007	노동리뷰 2020년 7월호
	대법원 2020. 7. 23. 선고 2016다271455 판결	노호창	202009	노동리뷰 2020년 9월호
	대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결	권오성	202010	노동리뷰 2020년 10월호
	광주고등법원 2020. 5. 8. 선고 2019누12509 판결	노호창	202007	노동리뷰 2020년 7월호
	서울행정법원 2019. 11. 29. 선고 2019구합53327 판결	이다혜	202003	노동법학 제73호
	서울행정법원 2019. 12. 12. 선고 2019구합62482 판결	양승엽	202003	노동법학 제73호
	서울행정법원 2020. 8. 21. 선고 2019구합63164 판결	양승엽	202012	노동리뷰 2020년 12월호
	서울행정법원 2020. 9. 18. 선고 2019구합62826 판결	양승엽	202012	노동법학 제76호
서울행정법원 2020. 9. 10. 선고 2019구단66678 판결	양승엽	202012	노동법학 제76호	
서울행정법원 2019. 10. 10. 선고 2019구합1784 판결	노호창	202009	노동법학 제75호	

◆ 집필진

- 남궁준(한국노동연구원 부연구위원)
- 김근주(한국노동연구원 연구위원)
- 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)
- 강선희(법학박사)
- 구미영(한국여성정책연구원 연구위원)
- 권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)
- 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)
- 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)
- 김영택(법학박사)
- 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)
- 노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)
- 노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)
- 박은정(인제대학교 법학과 교수)
- 방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)
- 신수정(경제사회노동위원회 전문위원)
- 심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)
- 양승광(법학박사)
- 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)
- 이다혜(서울대학교 고용복지법센터 연구위원, 서울대 강사)
- 이승욱(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)
- 장영석(전국언론노조 법규국장, 법학박사)
- 정영훈(국회미래연구원 연구위원)

노동판례리뷰 2020

- 발행연월일 | 2021년 2월 5일 인쇄
2021년 2월 10일 발행
- 발 행 인 | 배 규 식
- 발 행 처 | **한국노동연구원**
[3][0][1][4][7] 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089
- 조판·인쇄 | (주)이환디앤비 (02) 2254-4301
- 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일
- 등 록 번 호 | 제13-155호

© 한국노동연구원 2021 정가 15,000원

ISBN 979-11-260-0435-5


KLI
한국노동연구원

