

# 노동판례리뷰

## 2021

남궁준·김근주·정영훈 編



# 노동판례리뷰

## 2021

남궁준·김근주·정영호 編



# 목 차

<b>■ 노동법의 적용</b> .....	1
• 프로축구 구단 재활트레이너의 근로기준법상 근로자성 .....	1
• 누가 자영업자인가? - 진정 자영업자의 징표인 가격·고객 선택권에 대하여 .....	6
<b>■ 근로조건 결정규범</b> .....	13
• 연장근로시간 산정에 관한 월 단위 상계약정의 효력 .....	13
• 근로기준법 제44조의2의 강행규정성 .....	18
• 과반수 노동조합이 근로기준법상 근로자대표로서 작성한 근로·휴게시간에 관한 특례합의의 법적 성격이 단체협약에 해당하는지 여부 .....	22
<b>■ 근로조건</b> .....	27
• 조건부 임금 지급의 유효성 .....	27
• 통상임금 소송에서 중대한 경영상 어려움의 척도 - 금호타이어 사건 - .....	31
• 생리휴가에서의 증명 책임 .....	36
• 근무시간대 선택권이 있는 근로자의 연차휴가 .....	40
• 임금인상 소급분이 통상임금에 해당 .....	45
• 연차사용권·수당청구권 발생시점과 1년 계약직의 연차수당 .....	49
• 정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 위법성(4) .....	53
• 연령 등을 기준으로 정한 임금피크제 도입의 정당성 .....	63
• 도급근로자의 근로시간은 ‘양날의 검(劍)’이다 .....	68
• 집단적 경영성과급의 임금성 .....	72

• 1년 계약직 근로자의 연차수당 .....	78
• 직장 내 괴롭힘 피해자에 대한 사용자의 불리한 처우 해석 .....	85
• 축산업에 대하여 근로기준법상 근로시간, 휴일 조항의 적용을 제외하는 근로기준법 제63조 제2호가 근로의 권리 및 평등권을 침해하는지 여부(소극) .....	89
<b>■ 인사이동, 징계, 근로관계의 변동</b> .....	95
• 채용절차 중 발생한 성추행에 대한 법적 평가 .....	95
• 1차 영업양도 시 고용승계 거부가 2차 영업양도에 미치는 영향 .....	101
• 용역업체 변경 시 고용승계기대권 .....	106
• 용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계기대권 및 두 가지 의문 .....	111
• 보고서 결재 반려도 갑질에 해당하는가 .....	117
<b>■ 근로관계의 종료</b> .....	122
• 경영상 이유로 해고된 근로자에 대한 재고용의무의 발생시점과 위반의 효력 등 .....	122
• 퇴직급여제도별 급여 산정에 대한 사용자의 책임 범위 .....	128
• 근로기준법 제27조 해고사유 등의 서면통지 해석론 .....	133
• 통상해고의 정당성 .....	137
• 경영상 해고에서 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’의 의미 .....	141
• 정년 도래, 근로계약기간 만료 등 이후에 부당정직 등 구제신청과 구제이익 .....	146
<b>■ 노동조합</b> .....	152
• 공정대표의무의 존재이유 - 단체협약 잠정합의안 찬반투표 절차와 소수노조 배제의 문제 - .....	152

- 노동조합의 자주성에 관한 법적 판단 ..... 157
- 사용자가 교섭대표 노동조합과의 단체협약에서 통상임금소송의 취하를 무쟁의 장려금의 지급조건으로 한 것이 통상임금소송을 적극적으로 전개한 소수 노동조합의 조합원에 대한 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지 여부 ..... 161
- 교섭창구 단일화 절차와 쟁의행위 찬반 투표 ..... 166
- 회사사 노동조합을 대상으로 한 모회사의 업무방해 등 금지 가치분 ..... 172
- 사용자의 부당노동행위에 의해 설립된 노동조합의 법적 지위 ..... 177
  
- **쟁의행위** ..... 183
  - 대리점 택배기사 파업에 대한 원청회사의 대체인력 투입(2) ..... 183
  
- **비정규직** ..... 192
  - 회사사 이직으로 근로자과건관계는 해소되는가 ..... 192
  - 4인 이하 사업장에서의 근로계약 갱신기대권의 법리 적용과 해고제한 ..... 197
  - 학생들을 동원하여 골프대회 아르바이트에 보낸 교수의 법적 책임 ..... 203
  - 근로자공급사업 허가의 법적 성격 ..... 207
  
- **사회보장, 노동시장** ..... 213
  - 진폐 재해위로금의 성격과 산정기준 ..... 213
  - 업무상 재해에 관한 고시의 효력 ..... 217
  - 중대재해처벌법의 입법과 산업안전보건법의 위치 ..... 222
  - 육아휴직급여 신청 기간의 법적 성격 ..... 226
  - 육아휴직급여 산정에서 통상임금성 판단 ..... 236

• 업무와 재해 사이 상당인과관계의 증명책임 귀속 .....	242
• 안전보건조치의무의 해석 방식 .....	249
• 근로자의 업무상 스트레스 자살과 사용자의 배상 책임 .....	253
• 전부 개정 산업안전보건법이 가야할 먼 길 .....	257
• 도로교통법 위반에 따른 산재급여의 제한 .....	261
<b>■ &lt;부록&gt; 노동판례리뷰 2021 목록(주제별) .....</b>	<b>265</b>



# 노동법의 적용

## 프로축구 구단 재활트레이너의 근로기준법상 근로자성

- 대법원 2021. 7. 15. 선고 2017도13767 판결 -

### 【판결요지】

프로축구 구단과 용역도급계약을 체결하고 종속적인 관계에서 축구선수들의 부상방지, 응급치료, 재활보조 업무 등을 수행한 재활트레이너는 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

대상판결에서는 근로자퇴직급여보장법위반 판단의 전제로서, 포항스틸러스(프로축구 구단, 이하 “본건 구단”이라 한다)와 용역도급계약을 체결하고 본건 구단 소속 축구선수들의 부상방지, 응급치료 및 치료, 재활보조 등의 업무를 수행한 재활트레이너(이하 “본건 노무제공자”라 한다.)의 ‘근로기준법상 근로자성’이 문제되었다.

노무제공자의 ‘근로기준법상 근로자성’ 판단과 관련해서는 대부분의 사례에서 2006년 대법원 판결(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결,<sup>1)</sup> 이하

1) 대법원은 2006년 대학입시학원 종합반 강사의 근로기준법상 근로자성이 문제된 사건에서 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 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 성

“2006년 판결”이라 한다.) 법리가 적용되고 있는데, 대상판결에서도 해당 법리가 적용되었다. 2006년 판결 법리에 따르면 ‘근로기준법상 근로자성’ 판단은 ① 계약의 ‘형식’이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 ‘실질’에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 이루어져야 하고, ② ‘업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지’ 등 여러 판단징표의 총족 여부를 종합적으로 고려하되, ③ ‘기본급이나 고정급이 정하여졌는지’ 등 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 마음대로 정할 수 있는 ‘형식적’ 징표는 부차적인 요소로 고려되어야 한다.

본건 노무제공자의 근로기준법상 근로자성에 대하여 대상판결의 1심<sup>2)</sup>은 근로자성을 부정하는 취지로 판시한 반면, 원심<sup>3)</sup> 및 대상판결은 본건 노무제공자가 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다. 이러한 결과는 법원이 동일한 사실관계와 근로자성 판단징표에 기초하여 근로자성을 판단하더라도, 어떤 관점 및 방식으로 판단하느냐에 따라, 즉 계약 등의 ‘형식’과 노무제공의 ‘실질’ 중 무엇을 중시하는지, 근로자성 판단징표를 실질적·핵심적 징표와 형식적·부수적 징표로 적절히 분별하는지 여부 등에 따라 완전히 다른 결론에 이를 수 있음을 잘 보여주고 있다.

대상판결의 1심은 본건 노무제공자의 근로기준법상 근로자성을 부정하였다. 즉 ① 본건 구단과 본건 노무제공자 간 노무제공계약이 ‘용역도급계약’임을 전제로 취업규칙 미적용, 퇴직금 미지급, 4대보험 미가입, 업무내용이나 수행방법, 시간 및 장소에 대한 직접적 감독의 배제 등을 규정하고 있는 점, ② 본건 노무제공자의 업무특성상 상당한 정도의 전문성이 요구되어 비전문가인 본건 구단의 관리직원이 본건 노무제공자에 대해 업무내용에 관한

---

격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 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 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.”고 판시하였다.

2) 대구지방법원 포항지원 2016. 12. 21. 선고 2016고정337 판결.

3) 대구지방법원 2017. 8. 10. 선고 2017노215 판결.

구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하기는 어려운 점, ③ 본건 노무제공자에게는 본건 구단 소속의 감독, 코치 및 선수들 외에 일반직원들에게는 지급되지 않는 축구팀의 승리수당 및 우승수당이 지급된 점, ④ 본건 노무제공자가 2004년경부터 2014년경까지 국민건강보험 및 국민연금의 지역가입자였고, 사업소득자로서 종합소득세를 납부하여 온 점에 근거하여 본건 노무제공자가 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다는 취지로 판시하였다.

1심은 계약의 명칭이나 약정사항 등의 ‘형식적’ 규율, 나아가 근로소득세의 원천징수 여부나 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등 사용자가 임의로 정할 여지가 큰 ‘형식적’ 징표를 중요하게 고려함으로써 본건 노무제공자의 근로기준법상 근로자성을 부정하는 결과에 이르고 있다.<sup>4)</sup> 한편 2006년 판결 법리에 따르면 근로자성 판단징표 중 하나로 ‘업무 수행 과정에 대한 사용자의 상당한 지휘·감독’ 여부가 고려되어야 함에도, 1심은 ‘구체적이고 직접적인 지휘·감독’ 여부를 고려하였다.

반면 대상판결의 원심은 본건 노무제공자가 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다. 즉 ① ‘용역도급계약서’는 본건 노무제공자가 약 10년간 본건 구단에 근무하고 있던 중 작성된 것으로서 해당 계약서의 작성 전후로 근로기간이 단절되지 않았고 동일한 업무를 수행하는 등 종전의 계약과 달라진 점이 없어 계약서 변경은 형식적인 것으로 보이는 점, ② 경기 실적과 결과에 따라 지급되는 수당을 제외하면 본건 구단이 본건 노무제공자에게 업무의 수행 실적과 결과에 관계없이 ‘급여’라는 명칭으로 매월 고정급을 지급한 것으로 보이는 점, ③ 본건 노무제공자는 본건 구단의 사전 동의 없이 자신의 업무를 다른 사람에게 대행하게 할 수 없었고, 주된 업무에 사용한 각종 용품들을 모두 본건 구단으로부터 제공받았으므로 본건 노무제공자가 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하였다고 보기 어려운 점, ④ 본건 노무제공자의 경우 치료실로 09:00에 출근하여 19:00까지 근무하고 선수단과 함께 경기 및 훈련 일정을 소화하는 등 근무시간과 근무장소가 사실상 정해

4) 대상판결의 1심은 2006년 판결 법리에 바탕을 둔 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결(이하 “2007년 판결”이라 한다)에 근거하면서도, 2007년 판결 중 “다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.” 부분은 원용하고 있지 않다.



져 있었고, 휴식기간에도 본건 구단의 지시가 있으면 메디컬테스트 등의 업무를 수행하였으며, 지각, 조퇴, 결근 시 사전에 구단에 보고하였고 그 내용이 공지되었던 점, ⑤ 본건 노무제공자는 매주 월요일 선수들에 대한 건강관리 및 상태, 부상자에 대한 부상관리일지, 부상 선수별 병원내방 현황, 재활운동 보고서, 부상방지 및 프로그램의 구체적인 내용 등을 보고하였고, 선수들에 대한 치료, 병원비 및 치료비 등을 어떻게 처리해야 하는지에 대해서도 업무지시를 받는 등 본건 노무제공자의 전체적인 업무내용은 본건 구단에 의해 정해졌으며, 그 근무형태는 종속적인 것으로 보이는 점, ⑥ 본건 구단 소속 일반직원들 또한 경기 결과 등에 따라 성과급 명목의 수당을 지급받은 점, ⑦ 본건 노무제공자가 국민건강보험 및 국민연금의 지역가입자였으며, 사업소득자로서 종합소득세를 납부한 사정 등은 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 이러한 사정들만으로 근로자성을 쉽게 부정할 수는 없는 점 등을 종합할 때, 본건 노무제공자는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다. 나아가 대상판결은 이러한 원심의 판단에 법리오해 등의 위법이 없다고 결론 내렸다.

원심 및 대상판결은 계약의 ‘형식’보다는 본건 노무제공자의 종속적인 근무형태 등 노무제공의 ‘실질’을 중시하고, 사용자가 임의로 정할 수 있는 ‘형식적’ 징표는 부차적인 요소로만 고려하는 등 2006년 판결의 ‘근로기준법상 근로자성’ 판단 법리를 충실히 적용함으로써 위와 같은 결론에 이르렀다고 평가할 수 있다.

대상판결(원심)의 취지 및 결론에 대해서는 전반적으로 동의하나, 몇 가지 짚어 볼 지점이 있다.

첫째, 본건 노무제공자가 본건 구단의 일반직원들과 달리 주로 업무수행 실적이나 결과에 따른 보수를 지급받고 있었다면 이는 근로자성 인정에 부정적인 요소로 작용하는가? 사용자의 노무제공자에 대한 ‘상당한 지휘·감독’은 업무 시간·장소·내용에 대한 직·간접적 통제로 나타나기도 하지만, ‘실적관리’ 내지 ‘실적통제’를 통해서도 이루어질 수 있다. 나아가 업무수행 실적(결과)에 연동하여 보수를 지급하는 것 등은 효과적인 ‘실적관리’ 내지 ‘실적통제’ 방식으로 기능할 수 있다. 대상판결의 1심은 ‘본건 노무제공자의 업무에 상당한 전문성이 요구되어 본건 구단측의 구체적이고 직접적인 지휘·감독이 어려웠다’고 판단하였다. 그런데 노무제공자의 업무특성상 구체

적·직접적인 지휘·감독이 어려운 경우, 노무이용자로서는 ‘업무수행 실적(결과)에 따른 보수지급’ 등을 활용한 ‘실적관리’ 내지 ‘실적통제’를 통해 노무제공자의 기량·성실성을 최대한으로 이끌어 낼 수 있고, 이 또한 ‘상당한 지휘·감독’의 한 모습으로 볼 수 있다. 한편 노무제공자에게 어떤 방식으로 보수를 지급할지 여부 역시 노무이용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크므로, 업무수행 실적(결과)에 따른 보수 지급을 곧 근로자성 부정의 요소로 평가해서도 안 된다. 결론적으로 노무제공자가 업무수행 실적(결과)에 따라 보수를 지급받는 경우라도, 그것이 노무제공자가 수행하는 업무의 내용이나 성격에 비추어 볼 때 노무이용자의 ‘상당한 지휘·감독’, 즉 ‘실적관리’, ‘실적통제’의 방편으로 작용하는 경우에는, ‘상당한 지휘·감독’뿐만 아니라 그러한 보수의 ‘근로대상성’ 역시 긍정될 수 있을 것이다.

둘째, 본건 노무제공자의 업무를 제3자가 대행할 수 있었거나 본건 노무제공자가 스스로 비품이나 작업도구 등을 소유하고 있었다면, 본건 노무제공자는 독립사업자에 해당하여 근로자성을 인정받기 어려운가? 대상판결(원심)에서는 ‘본건 노무제공자가 본건 구단의 사전 동의 없이 자신의 업무를 다른 사람에게 대행하게 할 수 없었고, 본건 구단이 각종 용품들을 제공하였으므로 본건 노무제공자가 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하였다고 보기 어렵다’고 판단하였다. 그런데 백화점 판매원들의 근로기준법상 근로자성이 문제되었던 사건에서는, 판매원들이 출산, 휴가 등의 사유로 인해 매장에서 근무할 수 없을 경우 제3자를 통해 근무를 대체하기도 한 사실이 인정되었으나 그들의 근로자성이 부정되지는 않았다.<sup>5)</sup> 이처럼 노무제공자가 불가피한 사유로 인해 제3자를 통해 업무를 대체한 경우에는 그것을 근로자성 부정의 징표로 판단해서는 안 될 것이다. 한편 비품이나 작업도구 등을 누가 소유하거나 구비할 것인지 여부 역시 노무이용자에 의해 임의로 결정될 여지가 있으므로, 작업도구 등의 형식적인 소유관계만을 따져 노무제공자가 자신의 계산으로 사업을 영위하는 독립사업자에 해당한다고 쉽게 평가해서도 안 될 것이다.

고수현(법학박사, 변호사)

5) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결; 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다15549 판결.

## 누가 자영업자인가?

- **진정 자영업자의 징표인 가격·고객 선택권에 대하여** -  
 - 서울동부지방법원 2020. 5. 8. 선고 2019고정211 판결 -

### 【판결요지】

- (1) 피고인의 사업장에 ‘일반레슨 1개월 15만 원, 3개월 40만 원’과 같이 골프강습의 종류, 기간 등에 따른 가격표가 게시되어 있었으나, 甲은 그 가격표에 구매받지 않고 3개월 강습비를 30만 원 또는 35만 원으로 책정하는 등 강습회원과 구체적인 강습일정 및 시간, 강습료 등을 개별적으로 결정하였다.
- (2) 甲은 강습회원의 증감에 따른 이익과 손실을 그대로 부담하였다고 할 것이다.
- (3) 근무시간의 결정에 피고인이 관여하였다고 볼 만한 사정을 찾아보기 어렵다.

대상판결은 실내골프연습장에서 일하는 골프강사의 근로기준법(이하 ‘근기법’)상 근로자성을 부정한 사건이다. 근기법상 근로자성이 문제된 법적 분쟁에서, 가장 자영업자에 가까운 사람의 모습을 잘 보여준 것이 대상판결의 의의이다. 근로자성 관련 판결례 중에 노무제공자가 노동의 가격에 대한 선택권(이하 ‘가격선택권’ 또는 ‘가격결정권’)을 갖고 있는 사례는 보기 어려웠는데, 대상판결의 골프강사는 스스로 가격선택권을 보유했다는 점이 매우 특징적이다. 사건개요는 다음과 같다.

피고인은 상시근로자 5명을 사용하여 서울 송파구에서 헬스클럽 및 실내골프연습장을 운영하는 사업주이고, 골프강사 甲은 피고인의 사업장에서 골프회원을 상대로 골프강습을 하였다. 甲은 약 3년 4개월 동안(2014. 1. 23. ~ 2017. 5. 29.) 골프강사 업무를 하였고, 당시 4대 사회보험에 가입된 상태였다. 피고인은 골프강사 甲에게 해고예고수당, 임금과 연장근로수당, 연차수당, 퇴직금 등 합계 15,742,487원을 기한 내에 지급하지 않았다는 혐의로 기소되었다.

피고인은 “甲은 피고인과의 관계에서 근로자에 해당하지 아니하므로, 피고인에 대하여 근로기준법 위반죄 및 근로자퇴직급여보장법 위반죄가 성립하지 아니 한다.”고 주장하였고, 대상판결은 아래와 같은 이유로 甲의 근로자성을 부정하였다(甲이 4대보험에 가입되어 있었음에도 불구하고 근로자성을 부정했다는 점에서, 대상판결은 당연하게도 형식이 아닌 ‘실질’을 중요시 하였다!).

‘가격결정권’과 ‘고객선택권’은 진정한 자영업자의 중요한 징표이다.<sup>2)</sup> 아울러 ‘시간선택권’도 역시 자영업자의 징표이다. 이 중에서 가격선택권은 가장 강력한 자영업자성(性)의 징표이다. 그 다음이 고객선택권이다.<sup>3)</sup> 아래에서는 대상판결이 甲의 근로자성을 부정(즉, 자영업자성 인정)한 근거에 대해 ‘가격·고객·시간의 선택권’의 관점에서 살펴본다.<sup>4)</sup>

첫째, 골프강사 甲의 ‘가격선택권’이다. 甲은 근무시간 도중에 신규 강습회원 유치를 위해 피고인의 골프연습장에 등록된 골프회원을 상대로 ‘무료 강습’을 제공하였고, 골프강습을 원하는 회원은 甲과 개별적으로 골프강습계약을 체결하였다. 피고인 사업장에 ‘일반레슨 1개월 15만 원, 3개월 40만 원’과 같은 가격표가 게시되어 있었으나, 甲은 그 가격표에 구애받지 않고 3개월 강습비를 30만 원 또는 35만 원으로 ‘할인 책정’하는 등 강습회원과 구체적인 강습일정·시간과 강습료 등을 개별적으로 결정하였다. 피고인은 자신의 골프연습장에 상주하지 않아 수시로 방문하는 회원의 강습료를 개별적으로 정하기 어려웠고, 甲이 임의로 결정한 강습료에 이의를 제기한 바 없다.

한편 피고인이 강습회원으로부터 직접 강습료를 받았으나, 이는 일부 골프강사가 강습료만 받고 강습을 하지 않고 잠적해버리는 문제 때문이었다. 피고인은 강습료를 직접 받아, 익월에 강습료의 대부분을 골프강사에게 그대로 지급하였다. 2016. 6월부터 2017. 3월까지의 강습료 전액을 甲에게 그대

---

1) 아마 甲의 편의를 위해 피고인이 4대보험에 가입해 준 것으로 짐작된다. 이러한 ‘위장 근로자(?)’의 경우는 간혹 있다. 이 경우에도 역시 노무제공관계의 실질에 따라 판단해야 함은 물론이다.

2) 박제성·강성태·유성재·박은정(박제성 집필 부분), 「자영업자 사회법제 연구」, 한국노동연구원, 2019. 12, p.174 참조.

3) 김홍영·권오성·김린·노호창·방강수, 「노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구」, 중앙노동위원회 연구용역, 2020. 12, pp.78-79.

4) 대상판결이 ‘가격·고객·시간의 선택권’이란 용어를 사용한 것은 아니다.



로 지급하기도 하였다. 즉, 피고인이 甲에게 귀속될 강습료를 대신 수납한 것에 불과하다.

강습료의 대부분은 甲에게 귀속되었으므로, 피고인이 甲의 골프강습으로 얻은 금액은 매우 적다. 이 금액은 피고인이 甲에게 골프연습장 회원에게 강습할 기회와 장소를 준 것에 대한 대가로서, 임대료와 비슷한 성격이라 할 수 있다. 피고인은 약간의 임대료<sup>5)</sup>를 받고 甲에게 골프강습의 기회와 장소를 제공한 것이다.

피고인이 얻는 주요 이익은 다른 곳에 있다. 甲을 비롯한 골프강사들의 강습을 통해, 골프연습장에 등록된 기존 골프회원을 유지하고 나아가 신규회원을 유치할 수 있다. 즉, 피고인이 얻는 이익에는 약간의 임대료보다는 골프회원의 관리 및 신규유치가 더 중요할 수 있다. 따라서 피고인과 甲은 종속적 관계가 아니라 「동업관계 또는 공동사업관계」라 할 수 있으며,<sup>6)</sup> 피고인에게 甲의 강습료 금액은 크게 중요하지 않으므로, 결국 甲이 가격선택권을 갖게 된 것이다.

둘째, 甲의 고객선택권이다. ‘고객선택권’을 판단할 때에는 노무제공자가 고객을 선택할 수 있는지(즉, 스스로 고객을 유치할 수 있는지) 뿐만 아니라 고객이 노무제공자를 선택할 수 있는지도 함께 살펴보아야 한다.<sup>7)</sup> 강습회원이 강습시간이나 골프강사의 변경을 요구하는 경우, 甲은 다른 골프강사에게 그 회원을 인계하고, 그 회원이 납부한 강습료는 피고인의 개입 없이 그 골프강사와 개별적으로 정산하였다. 즉, 고객(강습회원)이 골프강사를 선택하는 데 있어 피고인의 개입은 전혀 없었다.

甲은 매달 둘째 주 화요일 피고인이 주최하는 골프 월례회에 참석하면서, 골프연습장 회원이 아닌 사람에게 별도로 현장 강습을 하고 그에 대한 대가를 받기도 했다. 이에 대해 피고인으로부터 별다른 이의 또는 제재를 받지 않았다. 또한 甲은 근무시간 도중 신규 강습회원 모집을 위한 무료강습 등의 영업활동도 하였다. 즉, 甲은 스스로 신규 고객을 유치(선택)한 것이다.

5) 이 금액에서 甲의 4대보험 가입에 소요되는 비용을 처리했을 것으로 짐작된다.

6) 다른 사례이긴 하지만, 서울고등법원 2021. 4. 13. 선고 2020나2024456 판결(기아차 - 대리점 카마스터 사건)은 “동업관계 또는 공동사업관계 기타 이와 유사한 협력관계”를 이루는 복수 기업의 사용자성에 대한 설시를 한 바 있다.

7) 김홍영 외, 앞의 연구보고서, p.78.



그래서 대상판결은 “甲은 강습회원의 증감에 따른 이익과 손실을 그대로 부담하였다.”고 판단한다. 甲의 수입은 고객에게 받는 강습료에 좌우되므로, 고객이 많을수록 많은 수입을 얻게 된다. 노무제공자의 고객선택권 역시 중요한 자영업자의 징표이다.

셋째, 甲의 ‘시간선택권’이다. 甲을 비롯한 골프강사의 강습시간은 골프연습장의 영업시간과 반드시 일치하지 않았고, 2017년 3월 이후 수·목·토·일요일에는 한 명의 골프강사만 강습을 맡았으며, 이와 같은 근무시간 결정에 피고인이 관여했다고 볼 만한 사정은 찾기 어렵다. 그리고 골프강사들은 강습회원과 기존 강습일정·시간을 별도로 조율하기도 하였고, 甲은 골프연습장에 방문하는 강습회원과 개별적 합의에 따라 수시로 골프강습을 해주었다. 이와 같이 甲은 자신의 근무 ‘시간대’뿐만 아니라 ‘시간의 총량’까지도 스스로 선택하였다(시간선택권의 핵심은 ‘시간의 총량’을 스스로 선택하는지로 판단해야 한다.<sup>8)</sup>). 가격·고객 선택권이 인정되는 사람에게 시간선택권이 부정되는 경우는 거의 없을 것이다.

이처럼 골프강사 甲은 자영업자의 주요 징표인 가격·고객·시간의 선택권을 모두 갖고 있다. 그 결과 피고인의 지휘감독은 부정될 것이다. 대상판결도 “甲은 골프강습계약의 내용을 직접 결정”하였으며, “피고인은 甲의 골프강습 방식, 내용, 강습시간의 준수 여부, 강습 태도 등에 관하여 별달리 관여하지 않았다.”고 판단하였다.

가격선택권은 가장 강력한 자영업자의 징표이므로 가격선택권을 갖고 있는 사람의 근로자성은 인정되기 어려울 것이다. 그런데 사안의 골프강사처럼 가격선택권을 보유한 노무제공자는 판결례 중에서 찾기 어렵다(필자가 아는 바로는 거의 유일할 듯하다). 실제 분쟁 사례에서 진정한 자영업자는 대상판결의 골프강사이다.

가격선택권은 없지만 고객선택권을 보유한 노무제공자는 종종 있다. 대표적으로 보험모집인이다. 프랑스생명보험 보험모집인<sup>9)</sup>과 우체국 보험관리사<sup>10)</sup>는 “오로지 자신의 노력으로” 체결한 보험계약의 실적에 따라 수당을

8) 예컨대, 학습지교사가 학습지회원과 직접 협의하여 구체적인 교육시간(시간대)을 정하더라도, 학습지회사가 정한 회원당 1주 1회의 교육시간(시간의 총량)에 따라야 하므로, 학습지교사의 시간선택권은 부정된다(김홍영 외, 앞의 연구보고서, p.80).

9) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결.

받는다든 점이 근로자성 부정의 주요 근거이다. 보험모집인은, 스스로 유치한 고객(즉, 노무제공자가 선택한 고객)의 수가 곧바로 수입에 직결되기 때문에, 독립하여 사업을 하는 자라고 판단한 것이다. 반면, 은행카드론 전화권유 판매원<sup>11)</sup>이나 생명보험 전화설계사<sup>12)</sup>와 같은 ‘아웃바운드 텔레마케터’는 회사가 제공한 ‘고객 데이터베이스’를 이용하여 노무를 제공하였기 때문에(즉, 노무제공자의 고객선택권 없음), 거래할 수 있는 고객의 수를 늘릴 수 없어 수입 규모를 확대할 수 없다는 이유로 근로자성이 인정되었다. ‘(외근형) 보험모집인’과 ‘아웃바운드 텔레마케터’의 경우, 금융상품을 판매한다는 공통점이 있으나, 고객선택권의 유무에 따라 근로자성 판단은 달라졌다.

2006년 대법원 판결<sup>13)</sup>이 제시한 근기법상 근로자성의 판단기준은, 그 판단요소가 많기도 하거니와 복잡한 측면이 있다. 대상판결의 사안처럼 가격선택권과 고객선택권이 있는지 여부에 따라 판단하면 간명하면서도 쉽다. 그리고 해당 골프강사가 근로자가 아니라는 판단 또한 정확하다. 그래서 판단구조를 ‘누가 근로자인가’에서 ‘누가 자영업자인가’로 전환시킬 필요가 있다. 대표적인 예가 미국법의 ABC테스트이다.

ABC테스트란 세 가지 요건을 모두 갖춘 경우에는 자영업자이고, 하나의 요건이라도 흠결하면 근로자로 인정하는 판단방법이다. 세 가지 요건이란 ① 계약상뿐만 아니라 사실상으로도 노무제공과 관련한 통제 및 지시로부터 자유로울 것(非통제성), ② 타인이 영위하는 사업의 통상적인 경로 밖에서 노무를 제공할 것(非편입성), ③ 관행적으로 독립적인 거래·직업·사업에 종사할 것(사업자성)이다.

ABC테스트를 대상판결의 골프강사 甲에게 한번 적용해 보기로 하자(‘ABC테스트’를 한번 테스트해보자). 첫째, 甲은 고객선택권뿐만 아니라 강력한 가격선택권까지 갖고서 독립하여 사업을 하고 있으므로 ③ 요건은 충족된다. 둘째, 피고인과 甲은 「동업관계 또는 공동사업관계」에 있다. 피고인의 실내골프연습장 운영과 甲의 골프강습은 각각 별개의 사업이 될 수 있다. 골프강습이 없다고 해서 골프연습장 운영이 되지 않는 것은 아니고, 甲도 피

10) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2011다46371 판결.

11) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결.

12) 대전지방법원 2011. 3. 24. 선고 2010나11154(본소), 2010나11161(반소) 판결.

13) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

고인 사업장 이외에서 골프강습을 할 수 있기 때문이다. 피고인 사업의 통상적인 경로는 골프연습장 운영이고, 甲은 그 바깥에서 골프강습을 하고 있다. 甲은 피고인의 사업에 편입되어 있지 않으므로 ㉞ 요건도 충족된다. 셋째, 이와 같이 노무를 제공하는 甲이 피고인의 통제 및 지시를 받을 일은 거의 없다. ㉟ 요건도 충족된다. 따라서 甲은 온전한 자영업자이다.

가격선택권은 없지만 고객선택권을 보유한 보험모집인에게도 ABC테스트를 적용해 본다. 보험모집인의 경우는 고객선택권이 있기에 사업자성을 완전히 부정할 수 없다. 약간의 사업자성은 있다(㉠ 요건 일부 결여). 중요한 것은 ㉞ 요건이다. 보험회사에서 보험상품 판매는 필수불가결한 업무이고, 보험모집인들은 소속된 보험회사<sup>14)</sup>의 상품만 판매할 수 있다. 보험모집인은 보험회사 사업의 통상적인 경로 내에서 노무를 제공하고 있다. 그 경로 밖에서 보험상품 판매를 할 수는 없다. 보험모집인은 보험회사에 완전히 편입되어 있으므로, ㉞ 요건은 전혀 갖추지 못하였다. 따라서 보험모집인은 자영업자에 해당되지 않는다(다만, 일부의 사업자성은 갖추고 있으므로 특수고용종사자로 보는 것이 타당할 것이다).

정리해 보면, 다음과 같은 판단방법은 쉽고 간명하기 때문에 한번 적용해 볼 필요가 있다. (1) 가격선택권을 갖고 있는 노무제공자의 경우에 고객·시간 선택권이 부정되는 일은 거의 없을 것이다. 가격선택권을 보유한 사람은 곧바로 자영업자로 보아도 무방하다. (2) 가격선택권은 없지만 고객선택권을 보유한 노무제공자는 진정한 자영업자는 되기 어렵지만, 어느 정도의 사업자성은 있기에 근기법상 근로자로 인정하기도 어렵다. 특수고용종사자로 보는 것이 타당하다. 근기법상 근로자성이 부정되려면, 최소한 고객선택권 정도는 있어야 한다. 고객선택권마저 없는 학습지교사<sup>15)</sup>, 골프장 캐디<sup>16)</sup>, 화물운송 기사<sup>17)</sup>, 백화점 판매원<sup>18)</sup> 등의 근로자성을 부정한 판례는 그래서 매우 문제가 많다. 가격선택권과 고객선택권이 모두 없다는 것은 종속적 관계에서 일하는 근로자라는 점을 상기해야 한다.

14) 복수의 보험회사에 소속된 것은 문제되지 않는다.

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

16) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결.

17) 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결(명일로지스틱스 화물운송기사).

18) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다211184 판결(삼성물산 판매원).



오해하지 말아야 할 것은, 가격 및 고객 선택권만으로 판단하지는 게 아니다. 이 2개의 선택권이 ‘결정적 기준’이 될 수 있다는 의미이다. 이것을 먼저 판단하면 나머지 징표들은 쉽게 술술 풀릴 수 있다. 가격 및 고객 선택권을 보유한 골프장사에게 지휘감독을 할 리가 없다는 사실은, 아주 쉽게 판단이 가능하다.

지금까지의 판례는 전형적인 근로자의 상(像)을 그려 놓고, 근로자성이 문제되는 특수고용종사자들이 근로자의 상에 어느 정도 가까운지에 따라 판단해 왔다. ‘근로자’와 ‘자영업자’의 중간 지점에서 근로자 쪽으로 최대한 가깝게 붙어야 근로자로 인정하는 방식이다. 반대로 ABC테스트와 같은 접근법은, 진정한 자영업자의 요건을 정하고 그 쪽에 완전히 달라붙지 않는 한 모두 근로자로 인정하는 방식으로, 상당히 진일보한 것이다.

그런데 문제는 진정한 자영업자의 구체적인 상(像)이 잘 그려지지 않는다는 점이다. 보험모집인, 학습지교사, 골프장캐디, 화물운송기사 모두 자영업자의 모습과는 아주 거리가 멀다. 그저 전형적 근로자의 상에 더 가깝게 다가가지 못했다는 이유로 근로자성이 부정됐을 뿐이다. 우리 법원의 머릿속에 자영업자의 구체적인 모습이 잘 그려지지 않아서일 수도 있다. 그런데 대상판결은 이 모습을 구체적으로 잘 보여 주었다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

# 근로조건 결정규범

## 연장근로시간 산정에 관한 월 단위 상계약정의 효력

- 대법원 2020. 11. 26. 선고 2017다239984 판결 -

### 【판결요지】

[1] 연장근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 한 근로기준법 규정은 연장근로에 대한 임금 산정의 최저기준을 정한 것이므로, 연장근로에 대한 가산임금 산정방식에 관하여 노사간에 합의한 경우 노사합의에 따라 계산한 금액이 근로기준법에서 정한 기준에 미치지 못할 때에는 그 부분만큼 노사합의는 무효이고, 무효로 된 부분은 근로기준법이 정하는 기준에 따라야 한다.

[2] 단체협약 등에서 주간근무일과 연장근무일의 임금 산정시간을 각각 9시간과 5시간으로 정하고(이하 ‘보장시간’이라 함) 각 일별 실제 근로시간이 이에 미달하거나 이를 초과하더라도 보장시간의 월간 합계와 비교하여 월 단위로 상계하기로 정하였다면(이하 ‘월 단위 상계약정’이라 함), 이는 임금 산정의 대상이 되는 근로시간이 소정근로시간인지 또는 연장근로시간인지를 구분하지 않은 채 전체 근로시간만을 단순 비교하여 연장근로시간을 계산하는 것으로서 그 결과 실제 연장근로시간 중 소정근로시간과 중첩되어 상쇄되는 부분이 발생하는 경우, 그 부분에 대해서는 통상시급에 해당하는 금액만이 임금으로 산정되므로, 연장근로에 대해서는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산해야 한다는 근로기준법 제56조 제1항이 정한 기준에 미달하게 된다.

[3] 비록 이 사건 단체협약 등에서 야간근로수당과 관련해서는 근로기준법이 정한 기준보다 근로자를 유리하게 대우하였다고 볼 수 있고, 월 단위로 합산한 실제 근로시간이 근무일수에 따라 계산한 이 사건 보장시간의 월간 합계에 미치지 않는 달에도 피고가 근로자들에게 이 사건 보장

시간에 해당하는 임금을 모두 지급한 사정이 인정된다고 하더라도, 이는 연장근로수당에 관한 이 사건 월 단위 상계약정이 근로기준법에 위반된다는 결론에 영향을 미치지 않는다.

대상판결 사안의 피고는 서울시내버스 운송업체이고 원고들은 그 소속 운전기사이다. 원고들은 월 단위 상계약정으로 인해 1일 실제 연장근로시간에 대한 연장근로수당을 지급하지 않는 것은 전부 무효라고 주장하면서 1일 실제 연장근로시간을 기초로 재산정한 연장근로수당 중 미지급된 부분 및 이를 고려하여 재산정한 평균임금에 따른 퇴직금 중 미지급된 부분의 지급을 구하였다.

민법상 상계란 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 서로에 대해 부담하고 있는 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자가 대등액에 관하여 맞비겨 해당 범위에서 채무를 소멸시키는 의사표시를 말한다(민법 제492조 제1항 참조). 이 사건 월 단위 상계약정은 합의의 문언상으로는 시간, 즉 ‘보장시간을 초과하여 근무한 시간’과 ‘보장시간을 미달하여 근무한 시간’을 서로 맞비겨 최종적으로 회사가 근로자에게 지급할 임금을 계산하자는 취지라 할 수 있다. 교통사정에 의해 들쭉날쭉한 근로시간으로 인한 실무적 어려움이 동기가 되었을 것이라 추측된다. 그런데 상계는 채권·채무에 대해서만 할 수 있으므로 이 사건 ‘월 단위 상계약정’과 같이 일을 더 한 시간과 덜 한 시간 그 자체를 맞비기는 것은 엄밀하게는 상계라 할 수는 없다. 근로시간은 노동법적으로 여러 기능을 수행하는데, 그중 가장 대표적인 것이 임금 계산이다. 이 사건 상계약정은 임금을 산정하는데 필요한 월 단위의 근로시간을 계산해 내는 데 그 목적이 있으므로 이 사건 상계약정에 의해 맞비겨지는 대상은 ‘시간’ 그 자체가 아니라 시간에 의해 산정되는 ‘임금채권’인 것이다. 즉, 이 사건 상계약정은 법적 관점에서 ‘보장시간을 초과하여 근무한 시간’에 대한 근로자의 임금채권과 ‘보장시간을 미달하여 근무한 시간’에 대하여 사용자가 지급을 면하는 임금채권을 통쳐 계산의 편의를 도모하는 효과를 가진다.

시간을 매개로 맞비킨다는 점에 착목하면 이 사건 상계약정은 얼핏 문제가 없는 것처럼 보인다. 그러나 위와 같은 법적 효과를 염두에 두고 들여다

보면 다음과 같은 문제가 발생한다. 즉, ‘보장시간을 초과하여 근무한 시간’에 대한 근로자의 임금채권은 1일 8시간을 초과하여 한 근로에 대한 대가라는 점에서 근로기준법 제56조 제1항의 가산임금이 추가되는 임금이나 ‘보장시간을 미달하여 근무한 시간’의 경우에는 미달한 시간에 따라서는 가산임금이 추가되지 않고 시간급 통상임금으로만 산정되는 시간도 존재한다는 점이다. 이를테면 근로자가 상계를 통해 상실하는 임금청구 가능시간은 가산임금부 근로시간인데 반해, 사용자가 상계를 통해 지급을 면하는 임금면제 청구 가능근로시간에는 가산임금부 근로시간도 있지만, 단순 근로시간도 존재하는 것이다. 이것은 다음과 같은 예시를 통해 보면 더 분명해진다. 근로자가 월 단위 상계가 적용되는 월 중 어느 하루의 주간근무일에 보장시간인 9시간을 2시간 더 초과하여 근무하였으나 그 기간 중 어느 주간근무일에 7시간만 근무하고 퇴근한 경우를 생각해 보자. 시간만 놓고 보면 2시간 더 일하고, 2시간 덜 일했으나 월 단위로 통산하면 보장시간에 맞게 일한 것처럼 보인다. 그런데 근로자가 더 일한 2시간은 모두 연장근로인데 반해, 사용자가 조퇴를 이유로 공제한 2시간 중 1시간은 1일 1시간으로 예정된 연장근로이나 나머지 1시간은 1일 8시간의 근로기준법 상의 한도 내에서 근로시간이다. 이 근로자의 시간급 통상임금을 1만 원이라고 가정하면, 근로자가 2시간을 연장근로한 것에 대한 대가는 3만 원(=2시간×1.5×1만 원)이나 사용자가 지급을 면제받는 대가는 2만 5천 원(=(2시간×1.5×1만 원)+(1시간×1만 원))이다. 월 단위 상계약정이 없었다면 근로자는 3만 원을 지급받고 2만 5천 원이 감액되어 5천 원의 차액을 월급일에 지급받아야 하는데, 상계약정의 효과에 의해 ‘시간’이 맞비겨지면서 5천 원의 임금채권을 덜 받게 된다. 즉, 연장근로에 대한 사용자의 가산수당지급 의무를 면탈할 수 있도록 하여 근로기준법이 정한 최저기준에 미달하는 효과가 발생하는 것이다. 대상판결은 바로 이러한 문제점을 지적하면서, 이 사건 상계약정이 무효라고 판시하였는바 일응 타당한 결론이다.

종래 임금 계산의 편의를 도모하기 위해 근로시간 법제의 느슨한 적용을 도모한 대표적인 관행으로 이른바 포괄임금제가 있다. 판례는 40여년 전 포괄임금제의 유효성을 판단함에 있어 “근로자에게 불이익이 없고 제반 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 이를 무효라고 할 수는 없다.”는

입장을 밝힌 바 있다(대법원 1982. 3. 9. 선고 80다2384 판결 등), 이 사건의 경우 직접적으로 포괄임금이 문제된 사안은 아니나 임금 산정의 편의를 도모하기 위해 근로시간 산정을 ‘통’ 친다는 의미에서 포괄임금제와의 유사한 면이 있다. 포괄임금제의 유효성 판단에 관한 위 판례법리의 특징은 ‘제반 사정’을 고려한다는 점이라 할 수 있는데, 제반 사정에는 사용자의 대상조치 등이 포함될 수도 있다. 그러나 대상판결은 이 사건 상계약정의 무효를 선언 하면서 판시[3]과 같이 근로자에게 유리한 즉, 상계약정으로 인해 근로자가 입을 불이익을 만회할 만한 제반 사정의 존재는 영향을 미치지 않는다고 선언하였다는 점을 주목할 필요가 있다. 이러한 대상판결의 판시는 포괄임금제에 관한 위 대법원 80다2384 판결 이후 시간이 흐르면서 대법원이 관련 법리를 다듬어 가던 끝에 “근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 앞서 본 바와 같은 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없다.”(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결)라고 판시한 것과 맥이 닿는다고 평가할 수 있다. 요컨대, 엄격한 근로시간 법제 적용의 입장을 유지한 것이다.

한편, 대상판결에 대해서는 다음과 같은 접근도 가능하다. 이 사건 상계약정은 마치 탄력적 근로시간제(근로기준법 제51조)와 유사한 효과를 발생시킨다는 점이다. 즉, 보장시간의 월 단위 합의 범위 내에서 일 단위 근로시간의 조절이 가능한 것이다. 이 사건이 발생한 시내버스업종의 경우 근로자가 격일로 하루 18시간가량 일하는 방식이 수십년간 활용된 바 있다. 주간근무 일 2일의 보장시간의 합은 공교롭게도 9+9, 즉 18시간이다. 극단적인 적용이기는 하나 월 단위 상계약정하에서는 사용자의 배차명령에 의해 사용자는 특별한 금전적 추가부담 없이 격일제 근무로의 전환도 가능한 것이다. 근로기준법의 근로시간에 대한 규율은 주 40시간, 일 8시간을 한도로 하면서 12시간의 연장근로를 허용하고 있다(2018년 법 개정으로 이제 휴일근로는 연장근로의 한도 내에서만 허용된다). 이러한 원칙에 대한 예외는 제59조(특례



업종)와 제63조(적용제외)에 한정되며, 근로시간 법제의 원칙을 완화한 탄력적 근로시간제 등의 유연근로시간제는 엄격한 요건을 갖춘 경우에 한하여 인정될 뿐이다. 탄력적 근로시간제의 경우 2주 단위는 취업규칙에, 3개월 단위는 근로자대표와 일정한 사항에 대한 서면합의가 있어야 하고, 2020. 12. 9. 국회를 통과한 개정법에 의해 추가된 최대 6개월 단위 탄력적 근로시간제의 경우에는 2주전 근로일별 근로시간 고지, 연속 11시간의 휴식시간 부여 등을 해야 하는 등 요건이 까다롭다. 즉, 근로기준법의 근로시간 법제는 매우 엄격한 바, 이 사건 상계약정은 이러한 엄격성에 대한 도전으로 읽어 낼 수도 있는 것이다.

대상판결은 이 사건 상계약정으로 인하여 근로자가 근로기준법에 의하는 경우보다 금전적으로 불이익을 입는다는 점만을 무효의 논거로 제시했지만, 여기에서 한걸음 더 나아가 이 사건 상계약정이 근로시간 법제의 큰 틀을 이탈할 수 있는 위험이 있다는 점도 무효의 논거로 제시하였다더라면 하는 아쉬움이 남는다. 장시간 노동이 만연한 데에는 시간을 돈으로 무제한적으로 바꾸는 것에 대한 노사간의 암묵적 합의가 근저에 있는바 이를 바꾸지 않고는 장시간 노동의 고리를 끊어내기가 어렵기 때문이다. 따라서 근로시간 법제의 원칙 그 자체를 훼손시킬 위험이 있는 노사간 합의는 금전적 불이익 여부를 떠나 근로기준법 위반으로 보아 무효로 인정하는 법리를 적극적으로 활용할 필요가 있다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

## 근로기준법 제44조의2의 강행규정성

- 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결 -

### 【판결요지】

(1) 근로기준법 제44조의2는…… 직상 수급인이 건설업 등록이 되어 있지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금지급의무 불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지로서, 건설 하도급 관계에서 발생하는 임금지급방식을 개선하여 건설근로자의 권리를 보장할 수 있도록 하는 데 그 입법 취지를 두고 있다.

(2) 근로기준법 제44조의2는 개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정으로 봄이 타당하고 따라서 이를 배제하거나 잠탈하는 약정을 하였더라도 그 약정은 효력이 없다.

근로자에 대한 임금지급 책임은 그 근로자와 근로계약을 체결한 사업주가 부담하는 것이 원칙이다. 이러한 원칙에 대한 예외가 「근로기준법」(이하 ‘근기법’) 제44조,1) 제44조의2), 제44조의3의 특례 규정이다. 이에 따라 근로자는 일정한 경우에 근로계약 당사자가 아닌 직상 수급인에게 임금을 청구할 수 있다. 대상판결은 근기법 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임)에

- 1) 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급) ① 사업이 한 차례 이상의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 수급인을 말한다)이 직상(直上) 수급인(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 도급인을 말한다)의 귀책 사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책 사유가 그 상위 수급인의 귀책 사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.
- 2) 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임) ① 건설업에서 사업이 2차례 이상 「건설산업기본법」 제2조 제11호에 따른 도급(이하 “공사도급”이라 한다)이 이루어진 경우에 같은 법 제2조 제7호에 따른 건설사업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다.

관한 사건이다.

당사자 관계는 다음과 같다. A사-B사(피고, 직상 수급인)-C사(하수급인)-근로자 甲(원고)이다. B사(피고)는 석공·토목공 사업 등을 하는 회사이다. 피고는 A주식회사로부터 하도급 받은 E건물의 F·G동 신축공사 중 석조공사를 다시 C에게 재하도급 주었다. C는 「건설산업기본법」 제2조 제7호3)에 따른 건설사업자가 아니다. 미등록 건설사업자인 C는 甲(원고)을 고용하였다. 원고는 2018. 11. 20.경부터 2019. 1. 31.경까지 위 공사 현장에서 노무를 제공하였으나, 2018. 12.부터 2019. 1.까지의 임금 합계 3,831,000원을 받지 못하였다. 원고는 직상 수급인인 피고에게 지급받지 못한 임금을 청구하였고, 원고가 승소한 사건이다.

한편 C는 ‘원고는 C에게 임금 수령 권한을 위임한다’는 위임장을 피고에게 제출하였다. 이에 피고는 ‘근로자의 임금을 포함한 공사대금(하도급 대금)을 C에게 모두 지급하였으므로, 원고에게 임금을 지급할 의무가 없다’고 주장하였다. 관련하여 쟁점은 두 가지이다. ① 피고가 C에게 하도급 대금을 모두 지급한 경우에도(즉, 직상 수급인인 피고의 귀책 사유가 없는 경우에도) 근거법 제44조의2에 따라 피고가 임금지급 책임을 부담하는지, ② ‘원고는 C에게 임금 수령 권한을 위임한다.’는 약정에 따라 근거법 제44조의2의 적용이 배제되는지이다.

첫째, 직상 수급인의 귀책 사유가 없는 경우에도 직상 수급인이 책임을 부담하는지에 대하여, 대상판결은 “건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못하였다면, 그 하수급인의 직상 수급인은 자신에게 귀책 사유가 있는지 여부 또는 하수급인에게 대금을 지급하였는지 여부와 관계없이 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 부담한다.”는 선례4)에 따라, 피고는 C에게 하도급 대금을 모두 지급하였다 하더라도 원고에 대한 임금지급 책임을 부담한다고 판단하였다.5)

3) 7. “건설사업자”란 이 법 또는 다른 법률에 따라 등록 등을 하고 건설업을 하는 자를 말한다.

4) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2018도9012 판결.

5) 대상판결의 원심(인천지방법원 2021. 2. 4. 선고 2020나55018 판결)은 피고가 C에게 하도급 대금을 모두 지급했다고 인정할 증거가 없다고 판단했으며, 설령 하도급 대금을 모두 지급하였다고 하더라도 근거법 제44조의2에 따라 피고는 임금지급 책임을 면할 수 없다고 판단하였다.



이는 근기법 제44조(1980년 신설)<sup>6)</sup>와 제44조의2(2007년 신설)<sup>7)</sup>의 차이를 잘 드러내는 판단이다. 양 규정은 취지와 기본구조는 동일하나, 직상 수급인이 책임을 지는 요건 중의 하나가 다르다. 근기법 제44조는 ‘직상 수급인의 귀책 사유<sup>8)</sup>로 임금체불이 발생한 경우’가 요건인 반면, 제44조의2는 ‘건설산업기본법 제2조 제7호에 따른 건설사업자가 아닌 하수급인에게 재하도급을 준 경우’가 요건이다. 따라서 피고의 귀책 사유 여부 또는 하도급 대금 지급 여부와 관계없이 피고의 임금지급 책임을 인정한 대상판결은 너무 당연하다.

2007년 신설된 근기법 제44조의2는 “건설산업기본법을 위반한 불법 하도급으로 인하여 건설일용근로자에 대한 임금체불이 많이 발생하고 있으므로 건설 하도급 관계에서 발생하는 임금지급방식을 개선하여 건설근로자의 권리를 보장”하기 위한 것이다.<sup>9)</sup> 대상판결은 이러한 입법 취지를 구체화하였다. 대상판결은 “직상 수급인이 건설업 등록이 되어 있지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금지급의무 불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지”라고 설명하고 있다. 따라서 제44조의2에서는 직상 수급인이 미등록 건설사업자에게 재하도급을 준 것 자체(즉, “추상적 위험을 야기한 잘못”)가 책임의 요건이 되는 것이다.

둘째, ‘원고는 C에게 임금 수령 권한을 위임한다.’는 약정에 따라 근기법 제44조의2의 적용이 배제되는지에 대하여, 대상판결은 “근로기준법 제109조 제1항은 근로기준법 제44조의2를 위반하여 임금지급의무를 불이행한 직상 수급인에 대해 형사처벌을 하도록 정하고 있는바, 이와 같은 입법 취지, 규정 내용과 형식 등을 종합하여 보면 근로기준법 제44조의2는 개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정으로 봄이 타당하고 따라서 이를 배제하거나 잠

6) 1980. 12. 31. 근기법 개정 시에 신설된 조문이다. 당시에는 ‘제36조의2’였다.

7) 2007. 7. 27. 근기법 개정 시에 신설된 조문이다.

8) 근기법 시행령 제24조에 따른 직상 수급인의 귀책 사유는 (i) 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우, (ii) 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우, (iii) 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우이다.

9) 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr>)의 개정이유.

탈하는 약정을 하였더라도 그 약정은 효력이 없다.”는 법리를 제시하였다.

이 법리에 따라 ‘원고가 C에게 임금을 수령할 권한을 위임하였으므로, 피고가 C에게 원고의 임금을 포함한 하도급 대금을 모두 지급함으로써 근로기준법 제44조의2에 따른 임금지급의무를 이행하였다’는 피고의 주장에 대해, 이를 허용하는 것은 강행규정인 근로기준법 제44조의2를 형해화하는 결과가 되므로 임금수령권한을 위임하는 행위는 강행규정 위반으로 그 효력이 없다고 판단하였다.

대상판결은 근로기준법 제44조의2는 “개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정”임을 명확히 하였다. 따라서 원고가 C에게 임금수령권한을 위임하는 약정을 무효로 판단한 것이다. 만약에 피고와 C가 ‘C만이 책임을 부담하고 피고는 면책된다.’는 내용의 약정을 하더라도, 당연히 이러한 약정도 무효가 된다.

결론적으로 직상 수급인이 근로기준법 제44조의2의 책임을 면하기 위해서는, 하수급인이 그 근로자에게 제대로 임금을 지급하고 있는지를 관리·통제하는 방법밖에 없다. 직상 수급인이 하수급인에게 하도급 대금을 제대로 다 지급했어도, 하수급인이 근로자에게 임금을 지급하지 않았다면 결국은 직상 수급인이 책임을 부담해야 한다. 법률에 따르지 않은 미등록 건설사업자에게 하도급을 준 것에 대한 책임이다. 직상 수급인이 책임을 면하는 보다 더 좋은 방법은, 미등록 건설사업자에게는 아예 하도급을 주지 않는 것이다. 그러면 근로기준법 제44조의 적용을 받을 뿐이다. 근로기준법 제44조에서는 직상 수급인의 귀책 사유가 없는 한 직상 수급인이 임금지급 책임을 부담할 일이 없다.

근로기준법 제44조의2는, 제44조보다 더 강화된 방식으로 직상 수급인의 책임을 규정하여 미등록 건설사업자에게 하도급을 주는 것 자체를 제한하기 위해 마련된 규정이다. 즉, 건설산업기본법의 규제와 함께 근로기준법상 직상 수급인의 임금지급 책임을 통해 불법 하도급을 방지하기 위한 것이다. 여기에 더해 대상판결은 근로기준법 제44조의2의 적용을 배제하거나 잠탈하는 약정은 무효라는 점을 분명히 하여, 그 입법 취지를 한층 더 살려냈다.

## 과반수 노동조합이 근로기준법상 근로자대표로서 작성한 근로·휴게시간에 관한 특례합의의 법적 성격이 단체협약에 해당하는지 여부

- 서울고등법원 2020. 11. 24. 선고 2020나2007284 판결 -

### 【판결요지】

단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사 관계에서 발생하는 사항에 관한 합의를 문서로 작성해 당사자 쌍방이 서명·날인함으로써 성립하는 것이고 그 합의가 반드시 정식의 단체교섭 절차를 거쳐서 이뤄져야만 하는 것은 아니다. 이 사건 특례합의가 단체협약을 체결할 능력이 있는 노동조합과 사용자가 근로시간이라는 근로조건에 관한 사항에 대해 합의를 하고 이를 문서로 작성해 쌍방이 날인한 것이므로 노동조합 및 노동관계조정법이 정한 단체협약에 해당한다.

「근로기준법」(이하 ‘근로기준법’)에서는 근로시간과 휴식에 관한 최저기준을 정하고 있는데, 사용자가 최저기준을 위반하는 경우는 형사처벌이 예정되어 있다. 그런데 근로기준법에서는 근로시간과 휴식에 관한 규제에 유연성과 탄력성을 부여하기 위하여 사용자가 근로자대표와 서면합의하는 경우에 최저기준과는 다른 기준을 근로자에게 적용할 수 있도록 하고 있다(근로기준법 제51조, 제51조의2, 제52조, 제53조, 제55조, 제57조, 제58조, 제59조, 제62조). 근로자대표와 서면합의를 하지 않고 최저기준과 다른 기준을 적용하는 경우에는 사용자는 최저기준을 위반한 것이 되어 근로기준법에 의해 형사처벌될 수 있다. 여기서 근로자대표자란 그 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(이하 ‘과반수 노동조합’)인데, 만약 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다.

이 사건에서 근로자대표자는 과반수 노동조합인데, 이 사건 사용자는 2013. 8. 14. 과반수 노동조합과 근로기준법 제59조의 근로시간 및 휴게시간

의 특례에 관해 서면합의(이하 ‘이 사건 특례합의’)를 하였다. 이 사건 과반수 노동조합과 사용자는 2018년 근로기준법 개정에 의하여 근로시간의 1주간 총한도가 52시간으로 단축되는 것을 계기로 1주 52시간을 넘는 연장근로에 관해 논의하는 과정에서 이 사건 특례합의의 존재를 알게 되었다. 이 사건 과반수 노동조합은 이 사건 특례합의는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’)상의 단체협약에 해당하기 때문에 단체협약의 유효기간에 관한 노동조합법 제32조가 적용된다고 주장하였다. 따라서 이 사건 특례합의는 기간의 정함이 없는 단체협약으로서 노동조합법 제32조 제2항이 적용되어 유효기간 2년이 만료됨에 따라서 이미 효력을 상실하였다고 주장하였다. 이에 대해 이 사건 사용자는 근로기준법상의 서면합의와 노동조합법상의 단체협약은 주체, 방식, 유효기간, 적용 범위 등이 달라서 서로 엄격하게 구분되는 제도이기 때문에 이 사건 특례합의의 주체가 실령 노동조합이라고 할지라도 이 사건 특례합의는 노동조합법상의 단체협약이 아니라고 주장하였다. 따라서 이 사건 특례합의에 대해서는 유효기간을 따로 약정하지 아니한 이상 적법하게 해지되기 전까지는 유효하게 존속하며, 이 사건에서는 적법하게 해지되지 않았다고 주장하였다.

이와 같이 이 사건에서 법적 쟁점은 과반수 노동조합이 근로기준법상 근로자대표로서 작성한 근로·휴게시간에 관한 특례합의의 법적 성격이 단체협약에 해당하는지 여부이다. 이 사건 1심<sup>1)</sup>은 이 사건 특례합의의 법적 성격이 단체협약인지를 주된 법적 쟁점으로 삼지 않았는데, 다만 판결의 말미에 방론의 형식으로 “노동조합 및 노동관계조정법 제32조 제2항, 제3항이 이 사건 특례합의에 적용된다고 볼 수 없으므로, 원고들의 위 주장은 받아들이지 않는다.”고 매우 간단하게 판단하고 있다. 1심 판결에서는 이 사건 특례합의의 법적 성격이 단체협약인지에 대해서 명확히 판단하고 있지 않을 뿐만 아니라 이 사건 특례합의에 노동조합법 제32조 제2항 및 제3항이 적용되지 않는 이유에 대해서도 아무런 언급이 없다.

이에 대해 이 사건 판결은 다음과 같은 이유에서 단체협약으로서의 법적 성질을 인정하였다. 첫째, 단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관한 합의를 문서로 작성하여

1) 서울북부지법 2020. 1. 30. 선고 2019가합24517 판결.

당사자 쌍방이 서명·날인함으로써 성립하는 것이고 그 합의가 반드시 정식의 단체교섭 절차를 거쳐서 이루어져야 하는 것은 아니라는 것이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결)이다. 둘째로 이 사건 특례합의는 단체협약을 체결할 능력이 있는 이 사건 과반수 노동조합과 사용자가 근로시간이라는 근로조건에 관한 사항에 대하여 합의를 하고 이를 문서로 작성하여 쌍방이 날인함으로써 성립하였다는 것이다. 따라서 이 사건 특례합의는 노동조합법이 정한 단체협약에도 해당한다는 것이다. 이 사건 판결은 이 사건 특례합의에는 근로시간 및 휴게시간의 특례를 인정한다는 내용만 포함되어 있을 뿐 그 유효기간에 대하여 정함이 없고, 이 사건 특례합의의 체결일로부터 2년이 경과한 때를 전후하여 이 사건 과반수 노동조합과 사용자 사이에 이 사건 특례합의를 대체하는 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였다는 등의 사정을 인정할 증거가 없으므로 노동조합법 제32조 제2항에 따라서 이 사건 특례합의는 체결일인 2013년 8월 14일로부터 2년이 경과한 2015년 8월 14일 유효기간의 만료로 효력을 상실하였다고 판단하였다.

이 사건 판결의 결론에 의하면 근로기준법상의 서면합의는 근로기준법 독자의 서면합의로서의 법적 성격과 단체협약으로서의 법적 성격을 모두를 가지게 되는데, 그 결과 근로기준법상의 관련 규정뿐만 아니라 노동조합법상의 관련 규정도 적용되게 된다. 이 사건 판결은 이 점에 대해 이 사건 판결은 이 사건 특례합의에서 이 사건 과반수 노동조합을 근로자대표로 표시하였거나 이 사건 특례합의가 근로기준법 제59조 제1항이 요구하는 서면합의 요건을 충족하기 위하여 체결되었다는 이유로 단체협약이 아니라고 할 수 없으며, 달리 근로기준법 제59조 제1항에 따른 서면합의와 노동조합법의 단체협약이 상호 배타적이어서 양립 불가능하다고 볼 근거도 없다고 하고 있다. 이 사건 판결은 근로기준법상의 근로자대표의 서면합의라고 하더라도 그것이 단체협약으로 유효하게 성립되기 위한 실질적·형식적 요건을 모두 갖추고 있는 이상 서면합의는 단체협약에 해당한다는 점을 명확히 하고 있다는 점에서 향후 실무에서 중요한 의미를 가질 것으로 생각된다.

만약 이 사건에서 판결과 같이 과반수 노동조합과의 서면합의가 단체협약이 아니라고 한다면 유효기간의 정함이 없는 서면합의는 어떻게 해석할 수 있는지 등에 관해 판단했어야 했다. 하지만 서면합의의 법적 성격이 명확하지 않은 점을 고려할 때 이와 같은 판단 기준을 제시하는 것은 결코 쉽지 않



을 것이다. 이 사건 사용자는 이 사건 특례합의에 유효기간을 따로 약정하지 아니한 이상 적법하게 해지되기 전까지는 유효하게 존속한다고 주장하지만, 노동조합은 이미 효력을 상실하였거나 적법하게 해지되었다고 주장하였기 때문이다. 따라서 법원이 이 사건을 해결하기 위해서는 적법한 해지가 무엇인지에 관한 일반적 기준을 제시하고 그에 따라서 이 사건 특례합의가 유효하게 존재하는지를 판단하여야 했다. 이 사건 판결은 이 점에 대해서 이 사건 특례합의와 같이 적어도 단체협약이 체결되는 형태로 근로기준법 제59조 제1항에 따른 서면합의 요건을 갖추었으나 거기에서 유효기간을 정하지 아니한 경우에는, 단체협약의 유효기간이 만료됨으로써 근로기준법 제59조 제1항에 따른 서면합의로서도 효력을 상실한다고 보거나 또는 노동조합법 제32조 제3항 단서를 유추 적용하여 단체협약의 유효기간이 만료된 후에는 당사자 일방이 해지하고자 하는 날의 6월 전까지 상대방에게 통고함으로써 최종적으로 해지할 수 있다고 봄이 타당하다고 하고 있다. 그리고 그 논거로서 ① 단체협약과 다를 바 없이 근로자대표와 사용자의 합의에 의하여 성립하여 집단적 규범력을 가지는 이 사건 특례합의가 사회적 변화 등에 적절하게 적응하여 구체적 타당성 있는 근로조건을 마련하는 기준이 되도록 하기 위하여는 그 유효기간을 제한할 필요성이 있다고 할 수 있다는 점, ② 실제로 근로기준법 제59조 제1항과 동일하게 근로시간과 관련하여 근로자대표에 의한 서면합의를 정당화 요건으로 규정하고 있는 근로기준법 제51조 제2항 제4호, 근로기준법 시행령 제28조 제1항은 서면합의에서 유효기간을 정하도록 명시하고 있는 점 등을 들고 있다. 이 사건 특례합의가 단체협약이 아니라고 본다면 결국 이와 같이 노동조합법상의 단체협약의 유효기간에 관한 규정을 서면합의에도 어떤 식으로든 적용해야 하는 다소간의 무리를 감행하지 않을 수 없게 될 것이다.

이 사건 판결의 논리와 결론의 타당성은 별론으로 하더라도 이 사건의 분쟁이 근로자대표제도에 관한 법적 불비에 기인하고 있다는 점에는 이론이 없을 것이다. 근로기준법에서는 근로자대표와의 서면합의에 매우 중대한 법적 효과를 부여하고 있음에도 불구하고 근로자대표제도와 서면합의제도에 관해서 별다른 규정을 두고 있지 않다. 즉 근로기준법과 동법 하위 법령에는 근로자대표의 자격 및 선출 방법, 합의의 방식과 효력 등에 관해서 별다른 규정을 두고 있지 않다. 만약 근로기준법과 동법 하위 법령에서 적어도 서면

합의의 유효기간을 정하도록 하고 있었다면 이 사건과 같은 분쟁은 발생하지 않았을 것이다.)<sup>2)</sup> 2021년 2월 19일 경제사회노동위원회는 근로자대표제 개선을 의결하였는데, 향후 근로자대표제 개선을 위한 입법에서는 이 사건과 같은 법적 분쟁이 재발하지 않도록 서면합의에 관해서도 규정할 필요가 있을 것이다.

정영훈(한국노동연구원 연구위원)

---

2) 근로기준법 제51조 제2항 제4호에서는 탄력적 근로시간제에 관한 서면합의에서는 서면 합의의 유효기간을 정하도록 하고 있다(근로기준법 시행령 제28조 제1항). 서면합의의 유효기간을 정하도록 한 것은 탄력적 근로시간제에 관한 제51조가 유일하다.

# 근로조건

## 조건부 임금 지급의 유효성

- 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결 -

### 【판결요지】

부관이 붙은 법률행위의 경우에, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다. ... ‘피고가 보조금을 지급받으면’이라는 사유는, 피고가 보조금을 지급받지 못하면 원고에게 약정 임금을 지급하지 않아도 된다는 정지조건이라기보다는 피고의 보조금 수령이라는 사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 사유가 발생하지 않은 때에도 약정 임금을 지급해야 한다는 불확정기한으로 봄이 타당하다. ... 원고와 피고 사이의 근로계약 중 월 250만 원의 임금 지급 약정에 부가된 ‘피고의 보조금 수령’이라는 불확정기한은 근로기준법 제43조의 입법 취지에 반하여 허용될 수 없다.

근로계약 관계에서 임금 지급은 사용자가 책임져야 할 가장 주된 의무이다. 임금은 ‘사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품’을 말한다(「근로기준법」 제2조 제1항 5호). 임금은 근로자 및 그 생계를 같이하는 자들의 주요한 수입이기 때문에 임금 수준과 지급 방식 등에 관한 원칙들을 법정화(法定化)하고 있다. 최저



임금제도는 국가가 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 임금 수준을 정하는 것이며, 「근로기준법」은 임금 지급의 방법(통화 지급의 원칙, 직접 지급의 원칙, 전액 지급의 원칙, 정기일 지급의 원칙) 및 기타 사항(근로자의 비상시의 임금 선지급) 등을 규율하고 있다.

그런데 사용자가 임금 지불 능력에 어려움이 생겼을 경우, 근로자의 동의 하에 이러한 임금 원칙들을 준수하지 못하는 경우도 발생한다. “얼마 있으면 계약 대급이 들어오니깐, 이번 달 임금은 다음 달에 같이 줄게”, “이번 계약 체결하면 회사 사정이 나아질 테니까, 그때까진 임금의 반만 지급하면 어떨까?”, “지금은 월급을 200만 원밖에 못 주지만, 내년에 납품이 확정되면 300만 원으로 올려줄게” 등의 사용자가 제시한 ‘조건부 임금 지급’은 현실에서 종종 발생하는 일들이다. 원칙적으로 이러한 조건들은 임금 지급 원칙에 반하는 것임은 분명하다. 그런데 이러한 ‘조건부 임금 지급’이 예외적인 상황에서 허용될 수 있을까? 대상 판결은 이에 관하여 검토하고 있다.

피고는 「지방문화원진흥법」에 따라 설립된 법인으로서 관할 지방자치단체인 서울특별시 강북구(이하 ‘강북구’라 한다)로부터 보조금을 받아 왔고, 그 보조금 항목 중에는 피고 직원 인건비가 포함되어 있다. 그런데 강북구는 2015. 7.경 피고의 대표자 선정 절차에 문제가 있다는 등의 이유로 피고에 대한 보조금 교부를 중단하였다. 당시 피고의 원장이었던 소외 1은 2015. 10.경 원고에게 피고의 사무국장으로 일할 것을 제안하면서 “피고의 사무국장 급여 250만 원은 나라에서 나온다. 강북구청과의 문제가 끝나면 사무국장 급여 예산이 바로 집행된다. 지금은 당장 급여를 지급할 수 없다. 그러나 조금만 참으면 문화원 자금 사정이 나아지니 그때 밀린 급여를 지급하겠다. 당분간은 사무국장으로 일을 할 수 있도록 교통비 또는 국장활동비 명목으로 월 100만 원만 지급하겠다.”라는 취지로 말하였고, 원고는 소외 1의 제안을 받아들였다. 이에 피고는 2015. 10. 5. 원고를 피고의 사무국장으로 임명하였고, 그때부터 2017. 7. 31.까지 원고에게 임금으로 매월 100만 원(다만 2015. 11.경까지는 매월 50만 원)을 지급하였다. 한편 피고는 보조금을 다시 지급받으면 원고에게 나머지 월 250만 원의 임금을 지급하겠다고 하였으나, 피고가 원고에게 그 돈을 실제 지급한 바 없다. 이에 대하여 원고는 2017. 6. 29. 고용노동청에 피고에 대한 임금체불 진정서를 제출하였고, 이에 피고는 2017. 11.

24. 원고에 대한 해임을 결의한 후 면직 통보하였다.

이 사건 1심 법원은, 1) 원고는 피고의 근로자로서 무보수 봉사직이 아니며, 면직 통보는 정당한 사유를 갖추지 못한 부당해고로서 무효라고 판단하였다. 또한 원고는 피고에 대하여 약정한 350만 원의 급여를 지급할 의무가 있다고 판단하였다. 그러나 피고는 이에 불복하면서 원고가 근로자라 하더라도 350만 원의 급여는 피고가 보조금을 지급받으면 지급하기로 한 ‘조건부 임금 약정’이며, 이에 대하여 피고도 동의하였다고 주장하였다. 이에 대하여 원심은 2) 피고가 강북구로부터 보조금을 지급받으면 원고에게 나머지 월 250만 원의 임금을 지급하겠다고 한 약정의 유효성을 인정하면서, ‘피고가 보조금을 지급받으면’이라는 부관은 그 사실이 발생하지 않으면 피고의 월 250만 원 임금 지급 의무도 발생하지 않는다는 의미로서 조건에 해당하고, 그 부관이 근로기준법 등에 반하여 무효라고 할 수 없다고 판단하였다. 나아가 원심은 위 부관에서 정한 조건의 성취 여부에 관한 원고의 주장·증명이 없다는 이유로, 원고의 청구 중 월 250만 원의 임금 청구 부분을 기각하였다.

이에 대해 대법원은 부관이 붙은 법률행위의 경우에, 부관에 표시된 사실이 발생하지 아니하면 채무를 이행하지 아니하여도 된다고 보는 것이 타당한 경우에는 조건으로 보아야 하고, 표시된 사실이 발생한 때에는 물론이고 반대로 발생하지 아니하는 것이 확정된 때에도 그 채무를 이행하여야 한다고 보는 것이 타당한 경우에는 표시된 사실의 발생 여부가 확정되는 것을 불확정기한으로 정한 것으로 보아야 한다고 하면서, ‘피고가 보조금을 지급받으면’이라는 사유는 피고가 보조금을 지급받지 못하면 원고에게 약정 임금을 지급하지 않아도 된다는 정지조건이라기보다는 피고의 보조금 수령이라는 사유가 발생하는 때는 물론이고 상당한 기간 내에 그 사유가 발생하지 않은 때에도 약정 임금을 지급해야 한다는 불확정기한으로 봄이 타당하다. ... 원고와 피고 사이의 근로계약 중 월 250만 원의 임금 지급 약정에 부가된 ‘피고의 보조금 수령’이라는 불확정기한은 「근로기준법」 제43조의 입법 취지에 반하여 허용될 수 없다고 판단하였다.

1) 서울북부지방법원 2018. 11. 15. 선고 2018가합22248 판결.

2) 서울고등법원 2019. 11. 12. 선고 2018나2071008 판결.

결론적으로, 대법원이 판단한 바와 같이 근로계약 중 월 250만 원에 대한 ‘조건부 임금 약정’을 부정한 것은 타당한 판단이라고 생각된다. 하지만 이러한 부관이 붙은 법률행위가 불확정기한이므로 그 유효성이 부정되는 것인지에 관해서는 검토가 필요하다. 이 사건에서는 양 당사자 사이에서는 월 350만 원의 임금에 대한 합의가 있었다고 추정되는데,<sup>3)</sup> 매달 그중 100만 원만 지급한 것은 「근로기준법」 제43조의 전액 지급의 원칙에 반함은 물론, 그 금액이 최저임금에도 미달한다. 따라서 노동법상 임금에 대한 강행 규정에 명백하게 위반된 것이므로, 부관이 붙은 법률행위의 성격과 무관하게 유효성이 인정될 수 없을 것이다.

반면 유사한 법률적 쟁점이라 하더라도, 예컨대 최저임금을 상회한다는 전제하에 근로계약 체결 시부터 조건부 임금 지급을 합의하는 경우 등에서도 당연히 유효성이 부정된다고 볼 수 있을까? 사실관계에 따라 달리 판단이 가능할 것으로 생각된다.<sup>4)</sup> 구체적 타당성을 중시하는 판례의 법리에서는, 사실관계에 따른 법률 대리인들의 주장에 대한 답변이 법리의 주된 부분을 차지한다. 따라서 이 문제에 관한 다른 사실관계에서도 대상 판결의 법리가 적용될 것인지, 동일한 판단이 나올지에 관해서는 단언할 수 없을 것이다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

- 
- 3) 대법원의 판시 사항을 살펴보면, “원고의 전임 사무국장이었던 소외 2의 월급이 355만 원 정도였고, 사무국장보다 직급이 낮은 소외 3 과장의 월급이 315만 원 정도였던 사정에 비추어 보면, 사무국장인 원고의 월급 350만 원은 합리적인 수준으로 보인다.”고 하면서, 해당 업무의 적정 임금 수준을 판단하고 있다.
- 4) 예컨대 앞의 사례 중 “지금은 월급을 200만 원밖에 못 주지만, 내년에 납품이 확정되면 300만 원으로 올려줄게.”와 같은 경우에도 ‘조건부 임금 지급’으로 볼 수 있지만 그 유효성을 부정하긴 어려울 것이다.

## 통상임금 소송에서 중대한 경영상 어려움의 척도

### - 금호타이어 사건 -

- 대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다259513 판결 -

#### 【판결요지】

이 사건 상여금이 통상임금에 포함될 경우 피고 소속 근로자의 통상임금이 약정 통상임금보다 상당히 증가하고 그로 인하여 피고가 지급하여야 할 임금 총액도 상당히 증가하여 당초 예측하지 않았던 새로운 재정적 부담이 될 수 있다고 하더라도, 이 사건에서 인정된 추가 법정수당의 규모를 안정적으로 유지되고 있는 2조 원을 훨씬 초과하는 연 매출액 및 매출총이익, 당기순이익, 부채총계, 자본총계의 규모와 추이에 비추어 보면, 이러한 사정이 추가 법정수당의 지급으로 인하여 직접적으로 피고에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다고 볼 충분한 근거가 될 수 없다.

피고는 각종 타이어 제조·판매 등을 목적으로 하는 회사이고, 원고들은 피고의 근로자로서 전국금속노동조합 금호타이어지회(이하 ‘이 사건 노조’라 함)에 소속되어 있는 조합원들이다. 피고와 이 사건 노조는 2010년과 2012년 기본급, 안전수당, 생산장려수당 등은 통상임금에 포함하지만, 상여금은 통상임금에서 배제하는 내용의 단체협약을 체결하였다. 그리고 2010년 피고 회사는 경영상황이 어려워 워크아웃에 들어갔고 워크아웃 동안 기본급 및 상여금을 삭감하고 임금을 동결하기로 이 사건 노조와 합의하였다. 워크아웃에서 벗어난 2014년 원고들은 상여금을 통상임금에서 제외하기로 한 합의는 근로기준법에 위반되어 무효이므로 전체 상여금을 다시 통상임금에 포함하여 산출한 법정수당 추가분을 지급하라는 임금 청구 소송을 제기하였다.

제1심인 광주지방법원은) 전체 상여금 중 일부는 통상임금에 해당하지 않는다는 이유로 상여금 중 잔여 일부만을 통상임금으로 인정하고 재계산한

1) 광주지방법원 2016. 1. 21. 선고 2014가합58223 판결.



법정수당 추가분을 지급하라고 판시하였다. 피고의 신의칙 위반 항변에 대해서는 2010년부터 2014년까지 피고 회사의 재정상태의 변화, 즉 당기순이익의 증가 및 그 규모, 부채의 감소, 자본의 증가, 부채비율의 감소 등을 고려할 때 피고 회사가 근로자들에게 미지급한 통상임금을 지급함으로써 경영상 중대한 위험에 처하게 된다고 보기 어렵기 때문에 배척하였다.

항소심에서는 원고 측인 근로자들은 상여금 전부를 통상임금이라 주장하지는 않았고 고정성이 인정되는 일부만을 통상임금으로 청구하였다.<sup>2)</sup> 원심인 광주고등법원은<sup>3)</sup> 피고 회사의 패소 부분을 취소하여 결과적으로 원고 근로자들의 청구를 기각하였다. 원심 역시 이 사건 상여금이 통상임금임을 인정하였으나 다음과 같은 이유로 피고 회사의 신의칙 항변을 받아들였다. 광주고등법원은 2016년 6월 말을 기준으로 피고 회사의 부채가 자본총액의 약 147%이며, 피고 회사가 2015년에는 약 670억 원, 2016년 6월까지의 약 230억 원의 당기순손실을 입었다는 점을 배경으로 하여, ① 이 사건 단체협약에서 이 사건 상여금은 통상임금에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금 수준을 정하였던 점, ② 통상임금에 이 사건 상여금을 포함할 경우 실질임금 인상률은 임금협상 다시 노사가 상호 양해한 임금 인상률을 훨씬 초과하는 점, ③ 워크아웃 동안 당기순이익이 증가하고 부채비율이 감소하였지만, 이는 피고 회사의 경영성과가 개선된 결과라기보다 금융기관으로부터의 대출 원금 납부 유예 및 이자 감면, 그리고 근로자들의 임금 동결 및 삭감 등으로 비용이 큰 폭이 절감된 덕으로 워크아웃 종료 후 당기 순손실이 큰 폭으로 증가하고 있는 등 경영사정이 악화되고 있는 점 등을 비추어 볼 때 원고들의 법정수당 추가 청구는 피고 회사에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 것으로서, 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반하고 도저히 용인될 수 없다고 하였다.

그러나 상고심인 대법원은 최종적으로 근로자 측 원고의 손을 들어주었다. 원심의 판결을 파기환송한 것이다. 대법원은 2013년 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결)이 실시한 대로 “근로자 측이 정

2) 근로자들이 통상임금이라 주장하는 상여금의 몫을 이하 ‘이 사건 상여금’이라 한다.

3) 광주고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나10826 판결.



기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정 수당의 지급을 구함으로써 사용자에게 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 것은 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반할 수 있다.”(밑줄은 글쓴이 강조)는 것을 긍정하지만, 또한 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결(일명 ‘시영운수 사건’)을 인용하여 “통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구를 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있다. 따라서 근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다.”고 판시한다. 그다음 법리에 사실관계를 포섭하는데 ① 원심이 피고 회사의 당기 순손실을 기준으로 하였다면, 대법원은 연 매출액 및 매출총이익, 당기순이익, 부채총계, 자본총계의 규모와 추이 등을 종합적으로 보았고, ② 원심이 경영상의 위태로움을 현재 시각에서 보았다면 대법원은 원고인 근로자들이 추가 법정수당을 청구한 기간인 2010년부터 2014년까지 워크아웃 당시를 기준으로 삼아 그 기간 동안 부채비율이 상당히 낮아졌고 안정적인 연 매출액과 상당한 당기순이익을 보이는 등 경영상황이 개선된 점을 주목하였다. 이에 추가 법정수당의 지급으로 피고 회사에게 워크아웃 당시와 같은 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 한다고 보기 어렵다고 판시하였다.

2013년 전원합의체 판결은 통상임금의 요건을 명확히 하였다는 점에서 비록 고정성에 대해서는 불명확하다는 반론이 있지만-진일보하였지만, 신의칙에 의한 임금 청구 제한이라는 면에서 너무 추상적인 기준을 제시하였다는 비판이 있다. 사건으로는 대법원이 추상적인 신의칙 기준을 제시한 이유는 법리적인 귀결이라기보다는 노동계 측에게 정기상여금 등의 통상임금 성격을 긍정한 것에 대응하여 경영계 측에 그에 대한 반대급부를 주기 위한 교육지책이라고 보인다. 전원합의체 판결 이후 불똥 터지는 듯 쏟아진 통상임금 소송에서 사측은 항상 신의칙 항변을 원용하고 있고 법원은 그것을 판단하기 위해 기업의 경영상황을 파악한다.

시영운수 판결 이후 우리 대법원은 신의칙 항변의 남용을 막기 위해 엄격한 잣대를 적용할 것을 주문했고 그 이후의 통상임금 소송에서 예산교통 판



결과<sup>4)</sup> 두산 중공업 판결<sup>5)</sup>에서는 신의칙 항변을 부정하였지만, 아시아나 항공 판결,<sup>6)</sup> 한국GM 판결,<sup>7)</sup> 쌍용자동차 판결<sup>8)</sup>에서는 사측의 신의칙 주장을 받아들여 근로자 측의 청구를 기각하였다. 이렇듯 매 사건 대법원의 판단이 달라지는 것은 신의칙이 상황마다 달리 판단되는 구체적 정의라는 점에 기인하지만, 그래도 일반 국민들의 법적 안정성을 해할 정도로 혼란스러운 상황인 것은 부정할 수 없다.

노사 간의 합의라는 신뢰를 저버린 근로자 측을 보호할 만한 가치가 있는 가는 의문을 가질 수도 있다. 그러나 노동법에서 임금에 관한 규정들이 강행법규가 된 것은 노동법이 태동하였을 때부터 축적한 경험의 산물이다. 몇몇 사건에서 신뢰가 붕괴하더라도 그 원칙이 가지는 의의가 상쇄될 수 없다. 비록 일부가 노사가 합의한 것 이상의 초과 이익을 얻는다고 하더라도 그것을 인정해줌으로써 강행법규가 보호할 정당한 근로자의 이익은 더욱 크다.

신의칙 적용에서 우려할 점은 2가지이다. 첫째, 일반원칙으로의 도피이다. 신의칙은 공·사법을 아우르는 일반원칙이다. 그러나 다른 법리가 통용될 수 없을 때 나오는 최후 수단적 성격이다. 마치 실정법상의 부정의가 도저히 참을 수 없는 상황에 이르렀을 때 자연법사상이 지배하듯, 신의칙은 개개인에게 계약 이행을 강요하는 것이 도저히 참을 수 없이 부조리할 때 원용될 수 있다. 그럼에도 불구하고 구체적 정의를 모색한다는 명분 아래 신의칙으로 도피하는 것은 법학이 가지는 학문으로서의 엄밀한 논리성을 포기하는 것이고 자칫 법관의 자의적인 ‘원님 재판’으로 회귀하는 것이다. 그 결과는 재판이 일반 국민들을 설득하는데 실패하는 것이다.

둘째, 집단주의적 성격이다. 신의칙이 외견상으로는 각 계약 주체 간의 권리와 의무 간의 이행 관계로 보이지만 결과론적으로는 사회적으로 가장 큰 복리를 가져오는 쪽으로 이익이 치우치기 십상이다. 개인이 당연히 받아야 할 몫을 신의칙이라는 명목 아래 박탈하는 것이다. 2013년 전원합의체 판결을 보아도 개개인의 권리를 보호하기보다는 기업 전체의 생존에 집중해 근

4) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2014다27807 판결.

5) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다223026·2020다223033 판결.

6) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2015다61415 판결.

7) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2015다71917 판결.

8) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다7170 판결.

로자 측의 권리를 봉쇄하였다. 단체가 살아야 개인 또한 살 수 있다는 말은 궁극적으로는 맞는 말일지 몰라도 현실적으로는 공존을 추구하기보다는 기득권층 집단의 이익 수호에 대한 방패막이가 된 적이 훨씬 많다.

본 판결은 통상임금 소송에서 신의칙 적용에 관한 대법원의 확고한 해석 이라기보다는 여전히 방랑하는 여러 소송 건의 하나라고 생각이 든다. 현재 대법원이 전원합의체에서 심의 중인 사건(현대중공업 사건)에서 신의칙이 가지는 폐해를 지적하고 강행법규가 보호하는 근로자의 권리를 재확인해주시기를 바란다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

## 생리휴가에서의 증명 책임

- 대법원 2021. 4. 8. 선고 2021도1500 판결 -

### 【판결요지】

여성 근로자로 하여금 생리휴가를 청구하면서 생리현상의 존재까지 소명하라고 요구하는 것은 해당 근로자의 사생활 등 인권에 대한 과도한 침해가 될 뿐만 아니라 생리휴가 청구를 기피하게 만들거나 청구 절차를 어렵게 함으로써 생리휴가 제도 자체를 무용하게 만들 수 있다. 따라서 사용자로서는 여성 근로자가 생리휴가를 청구하는 경우, 해당 여성 근로자가 폐경, 자궁 제거, 임신 등으로 인하여 생리현상이 없다는 점에 관하여 비교적 명백한 정황이 없는 이상 여성 근로자의 청구에 따라 생리휴가를 부여하여야 한다고 봄이 타당하다.1)

「근로기준법」상 휴식제도 중에서 생리휴가는 법률 분쟁이 자주 발생하는 제도는 아니다. 근로관계에서의 휴식제도는 ‘사용자의 지휘·명령권으로부터 벗어날 수 있는’ 법률상의 권리를 총칭하는 것으로, 근로시간 면제 등 비근로시간을 청구하는 ‘쉴 수 있는 권리’가 본질이다. 하지만 현실에서 휴식제도에 관한 법률 분쟁은 주로 임금성(유급성)에 대하여 발생하는데, 생리휴가는 무급휴가이므로 관련 판례가 거의 존재하지 않는다. 과거 생리휴가를 둘러싼 주요한 사건들은, 생리휴가를 청구한 날에 근로자가 출근하여 근로하는 경우의 가산임금 지급에 관한 것들이었다.2) 그러나 유급휴가에서 무급휴가로 변경된 이후, 학설상의 논의와는 별개로, 판례에 의하여 생리휴가가 다루어진 사건은 거의 없는 듯하다. 이러한 상황에서 대상판결은 생리휴가

- 1) 이 사건의 원심은 서울남부지방법원 2021. 1. 14. 선고 2019노2151 판결이며, 1심은 2019. 10. 8. 선고 2017고정1337 판결이다. 이 리뷰의 주요 대상인 생리휴가에서의 증명 책임은 1심의 판결 요지가 그대로 대법원까지 유지되었으므로, 여기에서는 법리를 명확하게 설시한 1심의 판결 요지를 소개한다.
- 2) 과거의 판례들에서는 생리휴가를 청구한 날에 근로자가 출근하여 근로하더라도 가산임금이 지급되지 않는 것으로 판단하면서, 이 경우에는 생리휴가를 반납한 것으로 보았다(대법원 1989. 2. 38 선고 1989다카 2567판결; 1991. 6. 28 선고 1991다카14758 판결 등).

신청 거절에 대한 「근로기준법」 위반을 다른 사건으로, 생리휴가 청구에서의 증명 책임에 관한 법리를 다루고 있다.

항공운수서비스업을 운영하는 사용자였던 피고는 2014년 5월 1일경 소속 근로자인 여성 승무원 A가 생리휴가를 신청하였으나 인력이 부족하다는 이유로 생리휴가를 주지 않은 것을 비롯하여 약 1년간의 기간인 2015년 6월 25일경까지 여성 승무원 15명에게 총 138회에 걸쳐 생리휴가를 주지 않은 혐의로 2017년 기소되었다. 이에 대하여 1심에서는 ① 생리현상의 존재 여부 및 그 증명 책임의 문제,<sup>3)</sup> ② 죄수 판단의 문제,<sup>4)</sup> ③ 의무의 충돌 문제,<sup>5)</sup> ④ 적법행위에 대한 기대 가능성 문제<sup>6)</sup> 등이 다루어졌으며, 주된 쟁점인 생리현상의 존부 여부 및 그 증명 책임에 관해서는 “여성 근로자로 하여금 생리

- 
- 3) 피고 측은 생리휴가를 거절하였다는 사실 외에 당시 근로자에게 생리현상이 존재했는지 검사가 증명해야 하는데 증명이 이뤄지지 않았고, 생리휴가 청구가 휴일이나 비번과 인접한 날에 몰려 있고, 생리휴가가 거절되자 여러 번 다시 청구하는 등 생리현상 존재가 의심스러운 사정이 많다고 주장하였다.
  - 4) 피고 측은 여성 근로자가 한 달에 수차례 생리휴가를 청구하였더라도 그중 1일의 생리휴가를 부여하였다면 근로기준법 위반이 아니라고 주장하였으나, 법원은 법문의 규정과 제도의 취지에 비추어 사용자는 동일한 근로자라 하더라도 각 청구별로 휴가 부여 여부를 결정하게 되어 있으므로, 사용자의 각 청구 거절 행위마다 휴가일 1일 단위로 범죄가 성립하고, 청구 거절 이후 같은 달의 다른 날에 해당 근로자의 재청구에 따라 생리휴가를 부여하였다 하더라도 이미 성립된 범죄에 영향을 미치지 않는다고 판단하였다.
  - 5) 피고 측은 항공법 및 그 시행규칙에 항행의 안전을 위해 일정 수의 객실승무원을 반드시 탑승시키도록 규정하고 있는데, 객실승무원의 생리휴가를 모두 부여할 경우 항공법에 따른 의무를 준수하지 못하게 되므로 의무의 충돌로서 위법성이 조각된다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 의무의 충돌은 다수의 법적 의무가 충돌하여 일방에 대한 의무 이행이 다른 일방에 대한 의무 불이행을 전제로 해서만 가능한 경우인데, 이 사건의 경우 피고인 회사의 생리휴가 거절 횟수가 2014년 약 4,600회에 이르고 오랜 기간 지속되어 왔으나 이를 개선하기 위한 노력을 하지 않았다는 점, 피고 회사의 객실승무원 탑승 기준은 항공법이 정한 객실승무원 탑승 기준을 초과하고 있는데 이는 질 좋은 객실서비스를 제공하기 위한 경영상 판단에 불과하다는 점을 지적하며, 항공법상 의무와 근로기준법상 의무의 충돌이 있는 상황이라 보기 어렵다고 판단하였다.
  - 6) 피고 측은 항공기에 일정한 수 이상의 객실 승무원을 탑승시켜야 하는데 현실적으로 일정 수준을 초과하는 대기인력을 두는 것은 불가능하고 그로 인해 회사에 상당한 경영상 어려움이 초래되는 상황이므로, 생리휴가 거절은 적법행위에 대한 기대 가능성이 없어 책임이 조각된다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 피고 회사 측이 대체 인력 확보와 일정 조정 등을 통해 생리휴가 부여 비율을 지속적으로 높일 수 있는 방안을 강구하였다는 정황을 발견할 수 없다는 점에서, 피고인에게 적법행위에 관한 기대 가능성이 없었다고 보기는 어렵다고 판단하였다.



휴가를 청구하면서 생리현상의 존재까지 소명하라고 요구하는 것은 해당 근로자의 사생활 등 인권에 대한 과도한 침해가 될 뿐만 아니라 생리휴가 청구권을 기피하게 만들거나 청구 절차를 어렵게 함으로써 생리휴가 제도 자체를 무용하게 만들 수 있다. 따라서 사용자로서는 여성 근로자가 생리휴가를 청구하는 경우, 해당 여성 근로자가 폐경, 자궁 제거, 임신 등으로 인하여 생리현상이 없다는 점에 관하여 비교적 명백한 정황이 없는 이상 여성 근로자의 청구에 따라 생리휴가를 부여하여야 한다고 봄이 타당하다.”라고 판시하였다. 이후 이 판단은 대법원까지 유지되었다.

「근로기준법」 제73조는 “사용자는 여성 근로자가 청구하면 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다.”라고 규정하고 있다. 이 규정은 2007년 4월 개정된 것인데,<sup>7)</sup> 2003년 9월 개정 이전에는 근로자의 청구와 관계없이 월 1일의 유급생리휴가를 주도록 하고 있었다.<sup>8)</sup> 학설은 생리휴가에 대한 증명 책임을 근로자가 부담한다는 견해<sup>9)</sup>와 사용자가 부담한다는 견해<sup>10)</sup>로 대립되어 왔다. <sup>11)</sup> 전자의 견해에서는 지정된 휴가일이 생리휴가일에 해당한다는 사실과

7) 현행 규정은 2007년 4월 개정된 것이나, 이는 2003년 9월 개정의 단순 자구 수정에 불과하다.

8) 생리휴가는 1953년 제정 「근로기준법」에 도입된 이후로, 현재까지 총 7차례 개정되었다. 7차례 개정 가운데 자구 수정과 조문 위치의 변경을 제외하면, 생리휴가와 관련한 개정은 크게 세 가지, 즉 ① 생리휴가의 유급/무급 여부, ② 신청 요건으로서 청구 여부, ③ 위반 시 벌금과 관련한 사항으로 요약할 수 있다.

구체적으로 생리휴가 도입 당시인 1953년 제정 「근로기준법」에서는 “사용자는 녀자가 생리휴가를 청구하는 경우에 월 1일의 유급생리휴가를 주어야”(제59조) 하고, 이를 위반한 경우 1천 원 이하의 벌금을 규정하고 있었다. 이후 1961년 개정을 통해 벌금을 10만 원으로, 1975년 개정을 통해 250만 원 이하의 벌금으로 각각 상향 조정하였다. 1989년 「근로기준법」 개정에서는 기존의 ‘청구’ 요건을 삭제하여 “녀자인 근로자에 대하여” 월 1일의 유급생리휴가를 주어야 한다고 규정하는 한편, 위반 시 벌금을 현행과 같이 500만 원 이하로 상향 조정하였다. 1997년 (실질적으로 전면 개정인) 제정 「근로기준법」에서는 자구 수정(녀자→여자)과 함께 제71조로 조문 위치를 이동하였고, 2001년 개정에서는 자구 수정(여자→여성) 외에 내용의 변화는 없었다. 2003년 개정에서는 “사용자는 여성인 근로자가 청구하는 때에는 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다.”라고 규정하여, ‘청구’를 요건으로 추가하는 동시에 무급으로 변경하였다. 이후 2007년 개정에서는 자구를 수정하여 현행과 같이 “사용자는 여성 근로자가 청구하면 월 1일의 생리휴가를 주어야 한다.”라고 규정하였다.

9) 대표적으로 김형배(2018), 『노동법』(제26판), 박영사, p.497.

10) 대표적으로 임종률(2021), 『노동법』(제19판), 박영사, p.628.

11) 양자의 절충설로서는 기본적으로는 근로자 본인의 증명을 기대할 수밖에 없으나 이를 엄격하게 해석하면 제도의 취지가 상실될 우려가 있을 뿐만 아니라 성적 프라이버시

생리 유무 자체에 대한 증명 책임과 관련하여, 구법에서는 법률의 규정에 의하여 월 1일의 유급생리휴가를 주어야 할 사용자의 의무가 확정되어 있었으나 현행법에서는 청구권의 방식으로 규정되어 있으므로, 청구하는 근로자가 그 기초 사실을 증명하는 것이 타당하다고 본다. 반면, 후자의 견해에서는 인권적 측면에서 근로자 본인이 생리휴가를 받을 자격 내지 생리 기간임을 증명하는 것은 인권침해의 우려가 있으므로, 그 증명 책임은 사용자가 부담하는 것이 타당하다고 본다. 대상판결은 후자의 견해에 따라 ‘명백한 정황이 없는 이상’ 여성 근로자의 청구에 따른 생리휴가를 부여하는 것이 타당하다고 하면서, 생리현상이 없었다는 점에 대한 명백한 정황과 관련해 그 증명 책임을 사용자가 부담하여야 한다고 판단하고 있다.

생각건대, 구법에서도 사용자가 자의적으로 생리휴가를 부여할 수 있었던 것은 아니므로 굳이 구법과 현행법상의 증명 책임이 다르다고 판단할 바는 아니다. 더 나아가 「근로기준법」이 생리휴가를 규정한 이유는 여성의 생리를 원인으로 발생하는 정신적·육체적 이상 상태를 완화하기 위하여 휴식을 부여하는 것이다. 그러므로 생리가 원인이 된 이상 반드시 휴가가 ‘생리 기간’에 구속되어야 하는 것은 아니다.<sup>12)</sup> 월경 전후에도 ‘일상생활을 방해할 정도’의 통증이 발생할 수 있기 때문이다. 결국 월 1회의 생리휴가 청구권은 ‘생리휴가를 받을 자격이 없음<sup>13)</sup>’을 사용자가 확실하게 증명하지 않는 이상 반드시 부여해야 하는 휴가라고 하는 법원의 판단은 타당하며, 노사 당사자들은 이 법리를 명확하게 인지할 필요가 있을 것이다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

---

와도 충돌할 수 있으므로 증명을 요구하여야 할 특별한 사정이 없는 한 증명 없이 생리휴가를 청구하더라도 사용자는 이를 부여하여야 한다는 견해[김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사, p.366]가 있다.

- 12) 생리휴가 위반 시 형사처벌(「근로기준법」 제114조 : 500만 원 이하의 벌금)이 규정되어 있긴 하지만, 생리휴가를 ‘생리 기간’에만 국한되는 것이 아닌 생리 현상 전후의 정신적·육체적 이상 상태를 완화하기 위한 것으로 해석한다 하더라도 이는 입법 목적에 부합하는 해석으로, 유추해석을 통한 처벌 범위를 확장하는 것으로 판단되어서는 안 될 것이다.
- 13) 예컨대 서울지방법원 1993. 5. 7. 선고 92나 27668 판결에서는 생리가 없는 자(예컨대 고령으로 폐경된 자) 또는 중단되고 있는 자(임신 근로자)에게는 생리휴가 청구권이 주어지지 않는다고 판시한 바 있다.

## 근무시간대 선택권이 있는 근로자의 연차휴가

- 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다222914 판결 -

### 【판결요지】

(1) 근무시간이나 근무장소에 대한 구속이 엄격하지 않은 것은 사실이나 이는 원고들이 수행하는 업무가 정해진 구역 내에서 고객의 주거지에 방문하여 제품의 설치나 점검을 하는 특성을 가지고 있기 때문인 것으로 보이는 점…… 등을 들어, 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

(2) 원고들이 피고 회사와 소정근로일수 및 근로시간을 정하여 근로하였다는 사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 연차수당이 발생하였다는 원고들의 주장을 배척하였다.

### 1. 쟁점 및 사실관계

대상판결은 ‘정수기 기사’(원고)를 「근로기준법」(이하 ‘근기법’)상 근로자로 인정하여 원고의 퇴직금 청구를 인용했으나, 연차수당 청구는 기각하였다. 근로자성 판단은 진일보한 측면이 있어 긍정적이거나, 연차휴가권을 부정한 부분은 매우 아쉽다. 고객과 직접 협의하여 방문서비스 시간을 정하는 정수기 기사는, 근무시간대를 선택할 수 있는 자율성이 일부 있다(학습지교사도 그렇다). 근무시간대 선택권은 자연스레 근로일의 선택권으로 이어진다. 그러다 보니 소정근로일이 불명확해지는데, 이런 경우에 연차휴가권의 요건인 ‘출근율 80%’를 어떻게 산정할지 문제가 된다.

피고(엘트웰주식회사)는 정수기 등을 판매하는 회사이다. 원고들은 정수기·샤워기·비데 등의 설치·유지·점검 등의 업무에 관한 용역계약을 체결하고<sup>1)</sup> 그 용역업무를 수행하는 ‘엘트마스터’이다. 피고 회사에는 전국에 총 17개 서비스센터가 있고, 각 서비스센터 내에 엘트마스터마다 담당 지역

1) 1995년경 이전에는 근로계약을 체결한 직원이었다.



이 정해져 있다(구역할당제).

고객이 피고 회사에 수리·점검 등을 요청하면, 피고는 고객 거주지 관할의 엘트마스터에게 업무를 배정한다. 엘트마스터는 고객에게 직접 연락하여 방문 일시를 정한 다음, 약속된 시간에 고객 주거지에 방문하여 업무를 수행한다. 엘트마스터는 업무를 배정받은 때부터 특별한 사정이 없는 한 ‘수일내’에 수행해야 한다. 스마트폰의 AMS(Altmaster Management System)를 통해 피고의 업무배정과 원고의 업무완료 입력이 이루어진다.

원고와 피고의 용역계약에는 출근일수, 출퇴근시간이나 업무수행시간을 따로 정하고 있지 않다. 피고는 겸업을 금지하지 않았고, 실제로 다수의 엘트마스터는 다른 직장에서의 소득을 세무관서에 신고하였다. 원고들은 서비스 처리 건당 일정액의 ‘용역수수료’(도급제 임금)를 받았다. 월 급여는 대략 250~300만 원 정도이다.

## 2. 진일보한 근로자성 판단

학습지 교사와 정수기 기사에게는 아래의 두 가지 특징이 공통적으로 나타난다. 이 특징이 대법원 학습지교사 판결<sup>2)</sup>에서는 근로자성 부정의 근거로 활용된 반면, 대상판결은 그렇게 판단하지 않았다는 점에서 한층 진일보했다고 평가된다.<sup>3)</sup>

첫째, 원고들은 (학습지교사와 마찬가지로) 회사가 업무를 배정하면 고객과 직접 협의하여 방문 일정을 정하였다. 업무 특성상 근무시간대는 노무제공자와 고객이 협의해서 정한다. 회사가 정해주는 것보다 더 효율적이기 때문이다. 그래서 원고들은 근무‘시간대’를 선택할 수 있는 자율성이 있다(즉, 근무시간대 선택권). 또한 원고들의 주된 근무장소는 고객의 거주지이다.

2) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결(재능교육); 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결(웅진씽크빅).

3) 한편 대상판결의 1심(대전지방법원 2019. 10. 16. 선고 2017가단221850 판결)은 근기법상 근로자성 판단에 있어, 인적 종속성보다는 편입성이나 사업종속성을 기준으로 해야 한다는 새로운 법리를 제시했다(그러나 2심판결은 이러한 기준을 받아들이지 않았다). 특히 1심판결이 “노동의 유연성이 노동권에 대한 보호를 박탈하는 식으로 진행되어서는 안 되고, 노무제공자들은 자신의 라이프스타일에 따라 일을 하면서도 근로자로 인정될 수 있어야 한다.”고 판시한 부분은 참 인상적이다.

이러한 사정이 학습지교사 판결에서는 ‘근무시간과 근무장소의 구속성이 약하다.’며 근로자성 부정의 근거로 활용되었다. 반면 대상판결은 “근무시간이나 근무장소에 대한 구속이 엄격하지 않은 것은 사실이나 이는 원고들이 수행하는 업무가 정해진 구역 내에서 고객의 주거지에 방문하여 제품의 설치나 점검을 하는 특성을 가지고 있기 때문”이라고 하여 근로자성을 인정하였다.

근로자성을 인정한 대상판결의 결론에는 동의하나, 판단근거에서 아쉬움은 남는다. 근무시간의 구속 여부는, 근무시간대가 아니라, 근무시간의 총량으로 판단해야 한다.<sup>4)</sup> 원고는 회사가 배정한 업무를 거부할 수 없으므로, 근무시간 총량은 회사에 의해 정해져 있다. 따라서 곧바로 근무시간의 구속을 인정해야 할 것이다. 또한 대상판결은 여전히 근무장소를 사용자의 지배권 하에 있는 사업장(공장, 사무실 등)에 한정하는 그릇된 관점을 갖고 있다. 회사가 지정하는 ‘고객 주거지’가 주된 근무장소인 근로자는 많다. 근무장소의 구속 역시 곧바로 인정해야 한다.

둘째, (학습지교사와 마찬가지로) 원고들의 주된 업무는 ‘회사가 배정한 고객’에 대한 서비스 제공이다. 그리고 부수 업무는 ‘신규고객’을 유치하는 것이고 이에 대한 별도의 수당이 지급된다. 신규고객 유치에 대해서는 약간의 사업자성이 인정될 수 있다.

학습지교사 판결은 신규고객 유치로 인한 수당이 근로자성 부정의 근거가 되었으나, 대상판결은 “원고들이 정수기 등을 판매하거나 임대하는 경우 피고 회사로부터 수당을 지급받을 수 있도록 되어 있으나 이는 개별적인 영업활동의 결과가 아니라 피고 회사의 지휘·감독하에서 그 독려에 따른 영업활동의 결과”라고 판단하였다.

대상판결이, 원고들의 부수 업무인 “정수기 등을 판매하거나 임대”하는 것(즉, 신규고객 유치)을 “개별적인 영업활동의 결과”(즉, 독립사업자로서의 영업성과)가 아니라고 판단한 점은 매우 주목할 만하다.

4) 김홍영 외(2020), 『노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구』, 중앙노동위원회 연구용역, pp.79-80.

### 3. 소정근로일이 불명확한 근로자의 연차휴가

근기법 제60조 제1항의 연차휴가 요건은 “1년간 80퍼센트 이상 출근”이다. 출근율은 “연간 소정근로일수”와 “현실적으로 근로를 제공한 날”의 비율로 판단하므로,<sup>5)</sup> 출근율 요건을 충족하기 위해서는 ‘소정근로일’이 있어야 한다. 근로‘시간’에 대한 대가로서의 임금을 받는 일반적인 근로자(즉, 시간급제 근로자)의 경우는, 근로계약에 소정근로일과 소정근로시간이 명확히 정해져 있다. 그러나 원고들의 경우는 업무 특성상 소정근로일이 불명확하다. 이유는 다음과 같다.

원고들은 서비스 처리 건당 일정액의 ‘용역수수료’(즉, 도급제 임금)<sup>6)</sup>를 받는 근로자로서, 근기법 제47조<sup>7)</sup>의 “도급 근로자”에 해당한다. 원고와 같은 도급 근로자는 근로의 시간이 아닌 근로의 실적 등에 따라 임금을 받기 때문에, 소정근로일과 소정근로시간을 정하지 않는 경우가 많다. 근로‘시간’보다는 ‘서비스 처리 한 건당 얼마를 받는지’가 더 중요하기 때문이다. 그래서 원고와 피고의 용역계약에는 출근일수, 출퇴근시간이나 업무수행시간 등을 따로 정하고 있지 않았다.

또한 원고들은 고객과 협의하여 근무시간대를 스스로 선택할 수 있으므로 근로일까지도 선택이 가능했다. 판결문상 원고들의 근로일과 근로시간을 명확히 알 수는 없으나, 다음과 같은 추정은 가능하다. 피고는 원고들의 겸업을 금지하지 않았고 실제로 원고들은 겸업을 한 것으로 보아 장시간 근로는 아닌 것으로 보이는 점, 퇴직금 적용배제 요건인 ‘1주 15시간 미만’ 여부가 다투어지지 않은 점, 원고들이 스스로 1주 40시간 근로했다고 주장한 점 등을 종합했을 때, 원고들의 근로시간은 1주 15시간에서 40시간 사이인 것으로 추정된다. 이 정도의 근로시간이면 고강도 노동으로 3일만 근로할 수도 있고, 아니면 저강도 노동으로 6일간 근로할 수도 있다. 이렇게 원고들은 근로일을 선택할 수 있었기에, 대상판결은 ‘소정근로일의 정함이 없다’고 판단한

5) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결 등.

6) ‘도급제 임금’의 의미와 특징에 대해서는 방강수(2021), 「도급제 임금에서의 통상임금 법리」, 『노동법연구』, 51, 서울대학교 노동법연구회, pp.171~181 참조.

7) 제47조(도급 근로자) 사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.

듯하다.

그래서 대상판결은 “원심은 원고들이 피고 회사와 소정근로일수 및 근로 시간을 정하여 근로하였다는 사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 연차 수당이 발생하였다는 원고들의 주장을 배척하였다. 부대상고이유 주장은 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택 및 사실인정을 탓하는 것에 지나지 않아 적법한 상고이유가 될 수 없다.”고 하여, 원고들의 연차수당 청구를 기각하였다.

근기법 제60조 제1항의 연차휴가 요건은, 소정근로일이 분명한 전형적인 시간급근로자를 전제한 규정이다. 그러나 현실에는 소정근로일이 없거나 불명확한 근로자들이 분명 존재한다. 원고와 같이 근로시간대 선택권이 있는, 그리고 근로시간보다는 근로의 실적이 더 중요한 도급근로자들이 그렇다. 대상판결은 소정근로일이 없거나 불명확한 근로자의 연차휴가는 어떻게 보장되어야 하는지에 대한 고민을 전혀 하지 못했다. 범함결을 방치한 셈이다.

도급근로자에게 연차휴가권이 배제된다는 규정은 없다는 점, 근무시간대 선택권이 있다 하더라도 회사가 배정한 업무를 모두 수행할 의무가 있는 도급근로자에게도 근로의 대가<sup>8)</sup>로서의 연차휴가권을 보장할 필요가 있다는 점에서, 원고와 같은 근로자에게 연차휴가권을 보장하는 다른 방식을 고민해야 한다.<sup>9)</sup> 소정근로일이 없다는 이유로 휴식권을 부정하는 것은, 본말(本末)이 전도(顛倒)된 것이다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

8) 우리 근기법의 연차유급휴가의 성격은 “1년간의 근로에 대한 대가”이다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결 등).

9) 문득 떠오르는 두 가지 방법이 있다. 첫째, 서울시향 단원의 ‘개인연습’ 시간도 소정근로를 제공한 것으로 보아 단원의 연차휴가권을 인정할 사례(서울고등법원 2021. 8. 13. 선고 2019나2042250 판결)처럼 불명확한 소정근로일을 어떻게든 찾아내는 방법이다. 둘째, 도급근로자의 특성에 맞게, 회사가 배정한 업무(할당량)의 수행률이 80% 이상인 경우에 출근율 80%의 요건을 충족한 것으로 간주하는 방법이다(필자는 두 번째 방법이 타당하다고 생각하며, 이는 향후 연구과제로 남겨둔다).

## 임금인상 소급분이 통상임금에 해당

- 대법원 2021. 8. 19. 선고 2017다56226 판결 -

### 【판결요지】

회사는 노동조합과 사이에 매년 임금협상을 하면서 기본급 등에 관한 임금인상 합의가 4월 1일을 지나서 이루어지는 경우 임금인상 합의와 함께 그 인상된 기본급을 4월 1일로 소급하여 적용하기로 약정해 왔다. 이 임금인상 소급분은 근로기준법 시행령 제6조에서 정한 통상임금에 해당한다고 보아야 한다.

(1) 임금협약 기간이 만료되었어도 임금협약의 체결이 늦어질 수 있다. 이후 임금인상을 결정하여 새 임금협약을 체결할 때, 이전 임금협약의 만료 시점에 이어서 새 임금협약이 시작하도록 시작 시기를 소급하곤 한다.

매년 임금협약의 시기와 종기를 고정해 두어야 임금 계산이 편리하다. 또한 노동조합의 입장에서 임금인상이 지연되어 불이익이 커진다면 노동조합의 요구가 점점 더 커져 오히려 임금협상의 타결에 장애가 될 수도 있다. 이러한 여러 이유들 때문에 임금협상 타결이 지연된 경우, 임금인상을 소급하여 적용하는 것으로 임금인상을 합의한다.

임금인상을 소급하면 소급되는 기간 동안의 임금인상분과 인상된 임금을 기준으로 다시 계산한 상여금(정기상여금·명절상여금)의 추가분 등을 일시불로 지급하여 정산한다.

그런데 이 사건은 회사(자일대우버스)가 소급되는 기간 동안의 연장근로·휴일근로에 대한 수당도 임금인상을 반영하여 다시 계산하여 지급하여야 하는지가 쟁점이 되었다.

이에 대해 대상판결은 ‘임금인상 소급분’(이 사건에서는 소급지급된 임금 중 기본급 및 상여금에 해당하는 부분을 말한다)은 연장근로·휴일근로를 할 당시의 통상임금에 포함된다고 보았다. 즉, 임금인상 소급분을 반영하여 연장근로수당·휴일근로수당을 다시 계산하여 추가분을 지급하여야 한다는 취지이다. 대상판결 이후 동일하게 판단한 대법원 판결들이 계속 나오고 있



어, 이러한 법리가 판례 법리로 정착되고 있는 것으로 보인다.

(2) 대상판결이 임금인상 소급분을 통상임금으로 본 것은 다음과 같은 논리에서이다. 판결문의 내용을 발췌하여 살펴본다.

① 근로자와 사용자가 소정근로의 가치를 평가하여 그에 대한 대가로 정한 이상 그것이 단체협상의 지연이라는 우연한 사정으로 인해 소급 적용되었다 하여 통상임금이 아니라고 할 수는 없다. 이 사건에서 임금인상 소급분은 소정근로의 가치를 평가하여 그 대가로 지급된 것으로 보인다.

② 임금인상 소급분이라고 하더라도 단체협약 등에서 이를 기본급, 정기상여금과 같이 법정 통상임금에 해당하는 임금으로 정하였다면 그 성질은 원래의 임금과 동일하다.

③ 근로기준법은 사용자로 하여금 연장·야간·휴일 근로에 대하여 통상임금의 50% 이상을 가산하여 지급하도록 규정하는데, 연장근로 등은 법정근로시간 내에서 행하여지는 근로보다 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 주고 근로자가 누릴 수 있는 생활상의 자유시간을 제한하므로 이에 상응하는 금전적 보상을 해주려는 데에 그 취지가 있다. 만약 소정근로시간에 대해 시간당 임금이 10,000원이라고 가정하면 1시간 연장근로 시 그에 대하여 15,000원을 지급받게 된다. 사후적으로 시간당 임금을 15,000원으로 소급 인상하였음에도 소급인상분을 통상임금에 포함하지 않는다면 연장근로 1시간에 대한 임금은 여전히 15,000원으로 연장근로에 대한 임금이 소정근로에 대한 임금과 동일하게 되는데 이러한 결과는 통상임금의 기능적 목적에 반하는 것이 된다.

④ 소급기준일 이후 임금인상 합의 전까지 근로자들이 소정근로를 제공할 당시에는 임금의 인상 여부나 폭이 구체적으로 정해지지 않았더라도, 근로자들은 매년 반복된 합의에 따라 임금이 인상되면 소급기준일 이후의 임금인상 소급분이 지급되리라고 기대할 수 있었고, 노사 간 소급적용 합의의 효력에 의해 소급기준일 이후 소정근로에 대한 대가가 인상된 기본급을 기준으로 확정되었다고 볼 수 있다.

⑤ 이 사건 회사는 임금인상 합의가 이루어지기 전에 퇴직한 근로자들에게는 임금인상 소급분을 지급하지 않았다. 그러나 이는 임금 등 근로조건을 결정하는 기준을 소급적으로 변경하는 내용의 단체협약의 효력이 단체협약

체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게 미치지 않기 때문에 발생하는 결과에 불과하므로, 소정근로를 제공한 근로자들에게 그에 대한 보상으로 당연히 지급된 이 사건 임금인상 소급분의 성질을 달리 볼 사유가 될 수 없다.

(3) 종종 노사 간의 임금협상이 연간 기준근로와 연장근로를 합친 총근로에 대한 인건비를 얼마 올리는가에 대해 협상하는 방법을 취하곤 한다. 임금협상이 늦게 타결되었을 때 임금인상 소급분을 통상임금에 포함시키지 않아 그간의 연장근로수당을 재산정하지 않는다면, 협상 지연의 이익을 사용자가 누리게 되어 불합리해진다.

대상판결이 임금인상 소급분을 통상임금에 포함한다고 본 배경은, 매년 임금인상 협상이 계속되어 왔고, 타결이 늦으면 소급하여 적용해 왔고, 이번 연도도 임금인상 협상이 진행되고 있어, 나중에 타결되면 소급하여 적용할 것이라 기대하면서, 지금 일하는 대가로 지급되는 임금은 잠정적인 임금이라고, 노사 양측 모두 그리 생각하여 왔다는 점에 있다.

이러한 ‘기대’나 ‘생각’이 단순히 주관적인 것에 불과하다거나, 합의에 의해 번복될 수 있다고는 판단되지 않는다. 임금인상 소급분은 객관적으로 보아 통상임금의 실질을 갖기 때문이다. 대상판결이 지적하듯이, 임금인상을 소급하여 적용한다는 점, 임금인상을 반영하여 기본급·상여금 등이 다시 지급된다는 점, 그것을 일시금으로 지급하더라도 소정근로를 제공한 대가임은 변함이 없고 지급하는 이유가 달리 없다는 점 등을 고려하면, 임금인상 소급분은 객관적으로 보아 통상임금의 실질을 갖는다.

따라서 만약 임금협약에서 인상된 임금의 적용시기를 소급하면서도, 소급된 기간 동안은 임금인상 소급분을 통상임금에 포함시키지 않으며, 그 기간 동안의 연장근로수당·휴일근로수당 등을 재산정하지 않는다고 합의해도, 그 합의는 객관적으로 통상임금에 해당하는 임금을 배제하는 합의로 무효가 된다.

임금인상을 소급하면서도 연장근로수당 등을 재산정하지 않는 것은 스스로 모순이다. 타결 시점에서 그 이전의 연장근로수당 등을 재산정하지 않기를 바란다면, 임금인상을 소급하여 적용하지 않는 대신 적절한 금액의 타결금을 일시금으로 지급하는 방식을 모색하여야 한다. 임금인상을 소급하지 않는 것을 전제로 임금협상을 한다면, 임금인상이 지연됨으로써 발생하는



금전적 손해 및 비금전적인 손해(노사관계의 불안정)가 노사 양측에 발생할 수 있다. 이 때문에 임금협상이 오히려 조기에 타결되어 노사관계의 안정에 도움이 될지도 모른다. 모든 것은 노사 스스로의 몫이다.

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)



## 연차사용권·수당청구권 발생시점과 1년 계약직의 연차수당

- 대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다227100 판결 -

### 【판결요지】

(1) 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다.

(2) 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게는 최대 11일의 연차휴가가 부여된다고 보아야 한다.

만 1년 근무하고 퇴직한 ‘1년 계약직 근로자’가 청구할 수 있는 연차수당이 최대 며칠분인지에 대해, 고용노동부(이하 ‘노동부’)는 오래전부터 ‘26일설’을 취해 왔다.<sup>1)</sup> 반면 최근 대법원의 원심<sup>2)</sup>은 ‘11일설’을 취하여 논란이 되었던 상황에서, 대법원은 “1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게는 최대 11일의 연차휴가가 부여된다.”고 판시하여 원심의 11일설을 지지하였다. 대법원은 오랜 논란에 종지부를 찍었다.

대법원은 2018년 대법원 판결<sup>3)</sup>의 법리를 따르고 있다(그래서 대법원의 결론은 예상된 것이었다). 정년퇴직자가 정년이 되는 해의 출근율을 충족하여 발생한 연차휴가에 대한 수당을 청구할 수 있는지에 대하여, 2018년 대법원 판결은 “연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다.”는 법리를 제시한 바 있다. 즉, “연차휴가를 사용할 권리”(이하 ‘연차사용권’)와 “연차휴가수당 청구권”(이하

1) 고용노동부(2018. 5.), 「연차휴가 보장 확대 관련 개정 근로기준법 설명자료」, p.5.  
 2) 서울북부지방법원 2021. 4. 6. 선고 2020나40717 판결. 이 판결에 대한 평석은 방강수(2021), 「1년 계약직 근로자의 연차수당」, 『노동리뷰』 6월호, 한국노동연구원, pp.96-101.  
 3) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다48297 판결.



‘수당청구권’)은 “1년간의 근로를 마친 다음 날”에 발생한다는 것이다.

대상판결은 2018년 판결의 법리를 인용하면서, 1년 계약직 근로자가 청구할 수 있는 연차수당은 최대 11일분이라고 판단했다. 즉, 1년 계약직 근로자에게는 「근로기준법」(이하 ‘근기법’) 제60조 제2항의 연차휴가 11일에 대한 수당만 청구할 수 있을 뿐, 근기법 제60조 제1항의 연차휴가 15일에 대한 수당은 청구할 수 없다는 것이다. 대상판결은 이러한 판단의 근거 네 가지를 들고 있다.

(1) 근기법 제60조 제3항을 삭제한 2017년 개정<sup>4)</sup>을 근거로 1년 동안만 근로를 제공한 근로자에게 제60조 제2항과 제1항이 중첩적으로 적용된다고 볼 수 없다. (2) 2017. 8. 1.부터 2018. 7. 31.까지 근무한 이 사건 근로자의 경우, 2018. 7. 31.에 근로관계가 종료되면서 2018. 8. 1.에는 근로자의 지위에 있지 않으므로, 근기법 제60조 제1항의 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차수당을 청구할 수 없다. (3) 만약에 1년 계약직에게 총 26일의 연차휴가를 부여한다면, 가산휴가를 포함한 총 휴가일수를 25일로 한정된 근기법 제60조 제4항과 비교했을 때 형평의 원칙에 반한다.<sup>5)</sup> (4) 연차휴가제도의 목적을 고려하면, 근기법 제60조 제1항은 최초 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자가 그다음 해에도 근로관계를 유지하는 것을 전제로 하여 2년차에 15일의 유급휴가를 주어야 한다는 취지로 해석함이 타당하다. 즉, 근로기준법 제60조 제1항은 1년 기간제 근로계약을 체결하여 1년의 근로계약기간이 만료됨과 동시에 근로계약관계가 더 이상 유지되지 아니하는 근로자에게는 적용되지 않는다.

2018년 대법원 판결(정년퇴직자 사건)과 대상판결(1년 계약직 사건)을 통해 분명해진 것은, 연차사용권·수당청구권의 발생시점이다. 바로 “1년간의 근로를 마친 다음 날”이다. “연차휴가에 관한 권리”(이하 ‘휴가권’)는 ‘1년간의 근로를 마친 날’에 발생하지만, 연차사용권·수당청구권은 그 “다음 날”에 발생한다는 점이 명확해졌다. ‘휴가권’과 ‘연차사용권·수당청구권’을 세

4) 2017. 11. 28. 법률 제15108호로 개정되어 2018. 5. 29. 시행된 근로기준법.

5) 1년 계약직의 26일은 2년 치의 휴가일수(11일+15일)인 반면, 제60조 제4항에 따른 장기근속자의 25일은 1년 치의 휴가일수라는 점에서, “장기근속 근로자와 비교하여 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자를 더 우대하는 결과가 되어 형평의 원칙에도 반한다.”는 대상판결의 근거는 타당하지 않다. 이 근거는 제시하지 않는 것이 좋았을 것이다.

분화하여 파악한 것은 2017년 대법원 판결<sup>6)</sup>부터 시작됐고, 2018년 판결과 대상판결은 그 연장선상에 있다.<sup>7)</sup> 이러한 법리에 따르면 2년 계약직 근로자가 2년의 근무를 마치고 퇴직한 경우, 청구할 수 있는 연차수당의 최대치는 당연하게도 26일(11일+15일)이다. 41일(11일+15일+15일)이 아니다.

한편, 일각에서는 기존 2005년 대법원 판결<sup>8)</sup>과 이번 대상판결이 배치된다며, 전원합의체 판결을 통하여 다시 정리될 필요가 있다고 주장한다. 결론부터 먼저 말하면, 양 판결은 전혀 배치되지 않으며, 전원합의체 절차를 거칠 필요는 없다. 대법원은 2017년, 2018년 판결 그리고 대상판결을 통하여 일관된 입장을 명확히 해왔기 때문이다.

2005년 대법원 판결이 “근로자는 근로관계 종료시까지 사용하지 못한 연차휴가일수 전부에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 청구할 수 있는 것”이라고 판시했고, 노동부가 26일설의 근거로 2005년 판결을 제시했기 때문에,<sup>9)</sup> 아마 양 판결이 배치된다고 이해했을 수 있다. 그러나 2005년 판결의 사안은, 약 35년 근무하고 퇴직한 근로자의 퇴직 전년도 출근율 등에 따라 발생한 연차휴가는 34일인데 퇴직연도의 근로일수는 30일인 경우, 청구 가능한 연차수당의 범위가 문제된 것이다.<sup>10)</sup> 1년간의 근로를 마치고 난 후 30일이나 더 근무했던 사안이다. 1년간의 근로를 마치고 난 이후의 날이 전혀 없었던 대상판결과는 사안이 전혀 다르다. 따라서 2005년 판결과 대상판결은 배치되지 않는다.

“휴가사용이 가능했던 근로일수”에 대해서만 연차수당을 지급하면 된다는 2000년 노동부 지침<sup>11)</sup>을 2005년 대법원 판결이 폐기하였고, 노동부가 그 2005년 판결을 근거로 26일설을 취한 것이기 때문에, 노동부 입장에서는 억울할 수 있다. 2000년 노동부 지침이 그대로 유지되었다면 지금과 같은 혼란

6) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2014다232296,232302 판결.

7) 대법원의 판결의 미묘한(?) 법리의 변화에 대해서는 방강수(2021), 앞의 글, pp.97~100.의 “2. 행정해석과 판례의 오랜 논쟁” 참조.

8) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다48549,48556 판결.

9) 고용노동부(2018.5), 앞의 설명자료, p.5.

10) 1심은 ‘휴가사용이 가능했던 근로일수’인 30일분의 연차수당을 청구할 수 있다(2000년 노동부 지침의 입장)고 본 반면, 2심과 대법원은 퇴직연도의 근로일수와 상관없이 34일분 전체의 연차수당을 청구할 수 있다고 판단하였다.

11) 고용노동부(2000.3.10), 「연차유급휴가청구권·수당·근로수당과 관련된 지침」, 근기 68201-695.

은 없었을 것이기 때문이다. 한편 노동부가 2018년 대법원 판결을 잘못 이해하여, 기존 입장을 고수한 측면도 있긴 하다.

아무튼 대상판결을 통해 ‘연차사용권·수당청구권의 발생시점’에 대한 대법원의 입장은 명확해졌다. 하지만 몇 가지 과제는 아직 남아 있다. 첫째, 노동부는 대상판결의 결론에 맞추어 신속히 행정해석을 변경하여, 현상의 혼란을 없애줘야 한다.<sup>12)</sup> 대법원의 입장은 일관되게 명확하기 때문에, 전원합의체 절차를 다시 거쳐야 하는 그런 일은 없다.

둘째, 입법론적으로 연차휴가의 ‘출근율 요건’은 삭제할 필요가 있다. 1년 계약직의 연차수당과 같은 논란이 제기되는 것은 법규정 때문이다. 근기법은 ‘출근율 산정 연도’와 ‘휴가 사용 연도’를 분리하는 구조를 갖고 있다. 판례의 표현대로 하면, “전년도”와 “연차휴가를 사용할 해당 연도”로 분리된다. “전년도”의 출근율을 충족하면 그 1년간의 근로를 마친 날에 ‘휴가권’이 발생하지만, “연차휴가를 사용할 해당 연도”가 시작되어야(즉, 1년간의 근로를 마친 다음 날이 되어야) 비로소 ‘연차사용권·수당청구권’이 발생한다. 단 하루의 차이로 ‘휴가권’과 ‘연차사용권·수당청구권’은 별도의 권리로 취급된다. 이러한 이원적 구조와 그로 인한 논란은 바로 ‘출근율 요건’ 때문이다.

대상판결로 인해 1년 계약직 근로자의 ‘연차수당’은 줄어들었다. 그러나 ‘휴식보장’의 관점에서 보면 대상판결의 11일설이 합리적이다. 대상판결을 계기로 ‘수당이 아닌 휴식으로서의 연차휴가’로 재정립하는 개선방안에 대한 논의가 활발해지기를 기대한다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

12) 고용노동부 보도자료(2021.12.16), 「고용부, 연차유급휴가 행정해석 변경 - 1년간의 근로를 마친 “다음 날 근로관계가 있어야” 연차휴가 및 그 미사용 수당 청구 가능」.

## 정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 위법성(4)

- 서울고등법원 2020. 12. 2. 선고 2016나2032917 판결 -

### 【판결요지】

가. 이 사건 상여금은 연간 지급액이 월 기본급의 800%로 확정되어 있어 그 지급액은 모두 연간 소정근로의 대가일 뿐이므로, 연간 소정근로를 제공하지만 하면 추가적인 조건의 성취 여부와 관계없이 당연히 지급되는 임금이다. 한편, 고정성이란 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질’을 말하므로, ‘근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로를 제공하는 것’은 통상임금의 개념상 당연히 요구되는 것이고 여기서 말하는 ‘추가적인 조건’이라고 할 수 없는데, 이 사건 상여금은 중도 퇴직을 하지 않고 임금 산정 기간인 1년의 소정근로를 제공할 경우에 월 기본급의 800%로 지급액이 확정되어 있으므로, 1년의 소정근로를 제공하는 것 외에 추가적인 조건의 성취 여부와 관계없이 당연히 지급하는 고정적인 임금에 해당한다.

나. 이 사건 상여금은 재직자 조건이 부가되어 있으나, 이는 근로자가 이 사건 상여금의 지급 조건인 1년의 소정근로를 제공하지 못한 채 중도 퇴직하는 경우에 계산상의 편의를 위해 일할 계산하여 정산하는 경우와 비교하여 미지급 또는 초과 지급 금액이 있더라도 추가로 정산하지 않기로 한 것일 뿐이어서, 이 사건 상여금이 연간 소정근로를 제공한 근로자에 대하여 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 지급 여부나 지급액이 확정되어 있는 임금이라는 성질에는 변함이 없다. 즉 1년의 소정근로를 제공하지 못하고 중도에 퇴직할 경우에 일할 계산하여 정산하든 다른 방법으로 정산하든 이 사건 상여금의 고정적인 성질이 달라지는 것은 아니다.

### 1. 사안의 배경 및 쟁송의 경위

이 사건 피고회사는 원고들이 가입한 노동조합과 체결한 단체협약에 따라 1년간 ‘월 기본급의 800%’로 확정된 금액을 매년 8회에 걸쳐 분할 지급하는 방식으



로 정기상여금(이하 ‘이 사건 상여금’이라고 함)을 아래 표와 같이 지급하였다.

〈2011년 및 2012년의 피고 공장별 이 사건 상여금의 분할 지급일〉

	공장	1회	2회	3회	4회	5회	6회	7회	8회
2011	△△	1/28	3/5	5/5	6/5	7/29	9/ 5	10/5	12/5
	○○	1/28	2/1	4/5	6/3	7/29	9/ 5	10/5	12/5
2012	△△	1/19	3/5	5/4	6/5	7/26	9/27	11/5	12/5
	○○	1/16	2/3	4/5	6/5	7/26	9/27	10/5	12/5

한편, 피고회사의 단체협약과 취업규칙에는 이 사건 상여금은 “지급일에 재직 중인 직원에 한하여 지급하며, 중도 퇴직자에게는 일할로도 지급하지 않는다.”는 조항(이하 ‘재직자 조건’이라고 함)이 있었고, 피고회사는 이러한 재직자 조건을 근거로 원고들의 통상임금을 산정하면서 이 사건 상여금을 제외하여 왔다.

이에 원고들은 ①이러한 재직자 조건은 임금의 사전 포기로서 임금 전액 지급의 원칙 등에 반하므로 강행법규에 위반하여 무효이고, ②설령 이 사건 재직자 조건이 유효하다고 하더라도 이 사건 상여금은 소정근로의 대가로서 고정성을 갖춘 통상임금에 해당한다는 이유로 이 사건 상여금을 통상임금에 포함하여 재산정한 연장·휴일·야간근로수당 및 연차휴가수당 중 미지급액 및 이렇게 재산정한 수당을 평균임금에 포함하여 재산정한 중간 정산 퇴직금 중 미지급액을 지급할 것을 구하는 소를 제기하였다.

원고들의 청구에 대하여 피고회사는 ①이 사건 재직자 조건은 근로관계 당사자들의 자율적인 의사에 따라 이 사건 단체협약 및 취업규칙에 포함된 것이므로 무효라고 할 수 없으며, ②이 사건 상여금에는 이 사건 재직자 조건이 부가되어 있어 원고들이 임의의 날에 근로를 제공하더라도 지급일이 도래하기 전에 퇴직하면 이 사건 상여금을 전혀 받지 못하게 되므로 ‘고정성’을 갖추지 않아 통상임금에 해당하지 않는다고 항변하였고, 1심 법원은 피고회사의 이러한 항변을 받아들여 원고들의 청구를 전부 기각하였다.<sup>1)</sup> 이에 원고들이 항소하였는바, 대상 판결이 그 항소심 판결이다.

1) 수원지방법원 안산지원 2016. 4. 21. 선고 2013가합8875 판결.

## 2. 대상 판결의 내용

대상 판결은 먼저 ①이 사건 상여금이 ‘1년의 소정근로’를 제공할 경우 월 기본급의 800%를 지급하기로 그 지급액이 확정된 금원임을 이유로 이 사건 상여금을 ‘소정근로의 대가’로 보면서도, ②이 사건 재직자 조건은 근로자가 중도 퇴직하는 경우 이 사건 상여금을 일할 계산해야 하는 번잡함을 피하기 위하여 미지급 또는 초과 지급된 상여금을 정산하지 않기로 한 취지로 보아 그 유효성을 인정하였다. 다만 ‘이 사건 재직자 조건’에도 불구하고 ③이 사건 상여금은 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정된 임금이므로, 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 고정적인 임금이라고 보아 이 사건 상여금의 통상임금성을 인정하였다.

### 가. 이 사건 상여금의 ‘소정근로’ 대가성

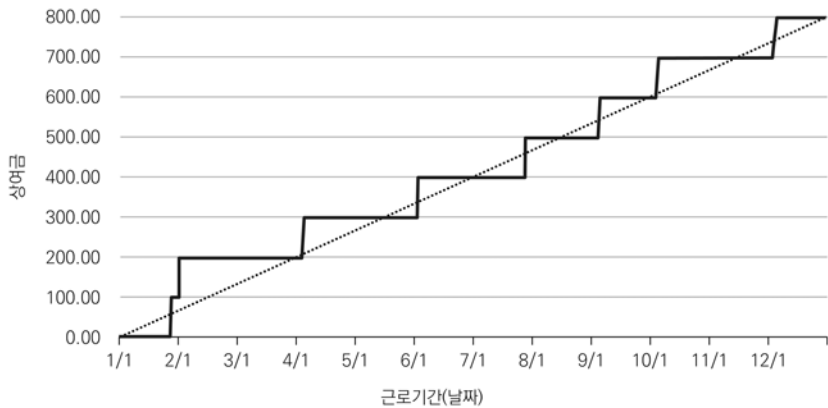
대상 판결은 먼저 “이 사건 상여금은 연간 월 기본급의 800%로 확정된 금액을 불규칙적으로(각 분할 지급일 사이의 간격, 즉 분할 지급 기간이 균일하지 않다.) 8회로 나누어 지급하는 것일 뿐, 8회의 각 분할 지급 금액이 각각 독립적인 상여금이라고 볼 수 없고(각 분할 지급 기간이 제각각인데 각 분할 지급 금액을 독립적인 상여금으로 보면 근로시기에 따라 소정근로의 가치가 달라지는 이상한 결과가 된다.), 근로자가 퇴직한 후 상여금 지급일까지의 기간에 대한 상여금을 지급하지 않는 것은 그것이 소정근로의 대가인 이상 당연한 것”으로 보고, “이 사건 상여금은 실질적으로는 사용자가 의도하는 근로를 제공한 것에 대하여 그 대가로서 지급되는 것이지 단순히 근로자로서 재직하고 있다는 점에 근거하여 지급된다고 할 수 없으며, 이 사건 상여금이 현실의 근로 제공과는 무관하게 단순히 근로자의 생활이나 지위를 보장하기 위한 것이거나 단순한 재직의 대가라고 할 수도 없으므로, 이 사건 상여금을 현실적인 근로 제공의 대가가 아닌 것으로 보는 것은 임금의 지급 현실을 외면한 단순한 의제에 불과”하다고 보았다. 이러한 이유에서 대상 판결은 “이 사건 상여금은 근로시간과 완벽하게 비례적이지는 않지만 상당한 정도로 연동되어 있어, 근로의 제공과 관계없이 지급일에 재직하는 근로자

에게 지급하는 ‘재직의 대가’라고 할 수는 없고, ‘소정근로의 대가’에 해당한다고 보는 것이 타당하다.”고 판단하였다.

#### 나. ‘재직자 조건’의 적법성

대상 판결은 이 사건 상여금을 1년 단위의 ‘소정근로의 대가’에 해당한다고 하면서도 “이 사건 상여금은 1년 단위로 정해진 고정적인 금액을 연간 8회로 나누어 지급하는 것에 불과한바, 이 사건 상여금이 해당 연도 1월 1일부터 12월 31일까지 근로의 대가라면, 아래 차트에서 보는 바와 같이 이 사건 상여금을 구성하는 각 분할 지급 금액은 경우에 따라 선불 임금일 수도 있고 후불 임금일 수도 있으므로, 이 사건 재직자 조건은 근로자 또는 사용자에게 일방적으로 불리하거나 유리하다고 단정할 수도 없고, 원칙적으로 근로자가 자신에게 유리하거나 불리한 퇴직 시기를 선택할 수 있으며, 불리한 시기에 퇴직하더라도 그 불이익이 크다고 하기는 어려운바, 근로자가 중도 퇴직하는 경우에 계산상의 편의를 위해 미지급 또는 초과 지급 상여금을 정산하지 않기로 한 것으로서 합리적인 이유가 있어, 유효하다고 보는 것이 타당하다.”고 판단하였다.

〈2011년 ○○공장 상여금 지급 내역〉



주: 점선: 근로일 비례 상여금, 실선: 지급 상여금 누계



이러한 이유에서 대상 판결은 이 사건 재직자 조건을 근로자가 중도 퇴직하는 경우에 계산상의 편의를 위하여(즉, 이 사건 상여금을 일할 계산해야 하는 번잡함을 피하기 위하여) 미지급 또는 초과 지급 상여금을 정산하지 않기로 한 취지로 보아 그 유효성을 긍정하였다.

#### 다. 이 사건 상여금의 통상임금성

대상 판결은 “고정성이란 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질’을 말하므로, ‘근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로를 제공하는 것’은 통상임금의 개념상 당연히 요구되는 것이고, 여기서 말하는 ‘추가적인 조건’이라고 할 수 없다.”는 해석을 전제로, 이 사건 상여금은 “연간 지급액이 월 기본급의 800%로 확정되어 있고, 앞서 본 바와 같이 그 지급액은 모두 연간 소정근로의 대가일 뿐이므로, 연간 소정근로를 제공하기만 하면 추가적인 조건의 성취 여부와 관계없이 당연히 지급되는 임금”이므로 고정적인 임금에 해당한다고 판단하였다.

#### 라. 평가

대상 판결은 2013년 전원합의체 판결 이후 학계에서 이뤄진 ‘고정성’에 대한 다양한 비판을 적절하게 수용한 것으로 평가된다. 특히 대상 판결 중 “임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 임금’만 통상임금에 해당하고 재직자 조건이 부가되어 있는 경우에는 통상임금에 해당하지 않는다고 하는 것은, 일급이 아닌 주급, 월급, 도급의 경우에 일할로 지급되지 않는 이상 통상임금이 될 수 없다는 것이 되어 근로기준법 시행령의 규정에도 없는 요건을 추가하는 것이 되어 타당하지 않다.”는 판시는 종래 판례가 법문에도 없는 ‘고정성’이라는 개념을 통상임금의 요건으로 도입함은 물론 고정성의 개념을 지극히 형식논리적으로 이해하여 통상임금의 성립을 좁게 인정하던 태도에서 벗어나 ‘고정성’에 대한 새로운 해석론을 보여 줬다는 점에서 의미가 크다. 향후 정기상여금에 ‘재직일 조건’을 부가하는 방식으로 손쉽게 그 통상임금성을 회피하려는 시도를 하려는 기업들에



그러한 시도에 굉장히 큰 법적 리스크가 따른다는 신호를 주었다는 점에서 실천적 의미도 크다고 생각한다. 따라서 대상 판결의 판지에 대부분 찬성한다. 다만, 이론적인 관점에서 이 사건 상여금의 법적 성질을 ‘연간 소정근로의 대가’로 보는 경우(필자 또한 이러한 이해에 전적으로 동의한다), 근로기준법상 임금의 정기일 지급 원칙과의 관계에서 이 사건 상여금을 연 8회 분할하여 지급하는 방식이 적법한지 의문이 있다. 항을 바꾸어 상술한다.

### 3. 정기상여금과 임금의 ‘매월(毎月)’ 정기일 지급 원칙

너는 내 이웃을 억압하지 말며 착취하지 말며 품꾼의 삶을 아침까지 밤새도록 네게 두지 말라. - 레위기 19장 13절

우리 「민법」 제656조 제2항은 고용계약의 보수 지급 시기에 관하여 “보수는 약정한 시기에 지급하여야 하며 시기의 약정이 없으면 관습에 의하고 관습이 없으면 약정한 노무를 종료한 후 지체없이 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 한편 「근로기준법」 제43조 제2항은 “임금은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다.”고 규정한다. 따라서 민법상 고용계약의 보수 지급 시기는 ‘사적 자치의 영역’에 속할 수 있겠지만, 「근로기준법」상 임금의 지급 시기를 정함에 있어서는 제43조 제2항의 구속을 받게 된다. 따라서 소정근로에 대한 임금은 당연히 1개월을 넘지 않는 기간을 주기로 ‘정기적’으로 지급되어야 한다. 소정근로에 대한 임금이 ‘1개월 이내의 기간’을 주기로 정기적으로 지급되지 않을 경우 이는 「근로기준법」 제43조 제2항 위반으로 보아야 한다.

일본의 경우 ‘매월 1회 이상 정기 지급의 원칙’은 1916년 공장법시행령 제22조에서 그 연원을 찾아볼 수 있다. 이후 1947년 제정된 일본 노동기준법 제24조 제2항 본문은 위 공장법시행령 규정을 받아 매월 1회 이상 정기 지급의 원칙을 규정하되, 그 단서에서 ‘임시로 지급하는 임금, 상여, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 후생노동성령으로 정하는 임금’은 예외로 허용하였다.

### 제24조(임금의 지급)

임금은 매월 1회 이상, 일정한 날을 정하여 지급하여야 한다. 다만, 임시로 지급하는 임금, 상여, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 후생노동성령으로 정하는 임금(제89조에서 ‘임시 임금 등’이라 한다)에 대해서는 그러하지 아니하다.

같은 해 일본의 노동성은 위 노동기준법 제24조의 시행에 관하여 다음과 같은 행정 해석을 제시하였다.<sup>2)</sup>

#### 노동기준법의 시행에 관한 건

[법 제24조 관계] 상여란, 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무 성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.

이와 같이 일본은 노동기준법이 제정되던 1947년부터 “상여란 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무 성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.”는 취지가 행정 해석으로 명확하게 제시되었고, 이러한 해석은 그대로 유지되고 있다.<sup>3)</sup>

우리나라의 경우, 1953년 제정 「근로기준법」 제36조 제2항은 “임금은 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다. 단 임시로 지급하는 임금, 수당 기타 이에 준하는 것 또는 대통령령으로써 정하는 임금에 대하여는 예외로 한다.”라고 규정하고 있었는바, 위 조항은 단서 부분에서 일본의 노동기준법이 명시하고 있는 ‘상여’라는 말이 우리 근로기준법에는 기재되지

2) 勞働基準法の施行に關する件(1947(昭22). 9. 13., 發基17号).

3) 厚生勞働省勞働基準局 編, 勞働基準法解釋總覽(改訂15版), 勞働調査會, 2014, p.258.

않은 정도의 차이가 있을 뿐, 위 일본 노동기준법 제24조 제2항과 동일하다.4) 한편, 1954년 제정 「근로기준법시행령」 제15조는 “법 제36조 제2항 단서의 규정에 의한 임금수당”을 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조 법 제36조 제2항 단서의 규정에 의한 임금수당이라 함은 다음에 계기하는 것을 말한다.

1. 1월을 초과하는 기간의 출근 성적에 의하여 지급되는 정근수당
2. 1월을 초과하는 일정 기간의 계속 근무에 대하여 지급되는 근속수당
3. 1월을 초과하는 기간에 공한 사유에 의하여 산정되는 장려가급·능력수당 또는 상여금
4. 기타 부정기적으로 지급되는 제 수당

노동기준법의 시행에 관한 건 (1947. 9. 13. 發基17号)	대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결
<p>상여란, 정기 또는 임시로, 원칙적으로 근로자의 근무 성적에 따라서 지급되는 것이며, 그 지급액이 미리 확정되지 않은 것을 말한다. 정기적으로 지급되고, 그 지급액이 확정되어 있는 것은 명칭의 여하에도 불구하고 이를 상여로 보지 않는다. 따라서 시행규칙 제8조에 해당하지 않는 것은 법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불되어야 한다.</p>	<p>상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로기준법 제36조 제2항 단서 및 동법 시행령 제18조에 규정된 임시지급의 임금과 같이 볼 수 없고 정기일 지급 임금의 성질을 띤 것이라고 보아야 하므로, 상여금 지급 기간 만료 전에 퇴직한 근로자라도 특단의 사정이 없는 한 이미 근무한 기간에 해당하는 상여금은 근로의 대가로서 청구할 수 있다.</p>

이러한 연혁을 살펴볼 때, 우리 근로기준법의 ‘매월 1회 이상 정기 지급의 원칙’은 일본 노동기준법의 영향을 받아 입법된 것임을 부정하기 어렵다. 이러한 배경에서 보자면, 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결 중 ‘상여금’의 개념에 관한 판시가 일본의 행정 해석과 거의 동일한 표현으로 이루어진 이유가 설명될 것이다.

4) 위 조항은 현행 「근로기준법」 제43조 제2항에 그대로 유지되고 있다.

이렇게 이해한다면, 대법원 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결의 취지는 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정된 금품은 그 명칭에 관계없이 ‘정기일 지급 임금’에 해당한다는 것을 명확히 하여 「근로기준법」 제43조 제2항의 적용 기준을 판단한 것이라고 생각된다.

따라서, 소정근로의 대가로 지급되는 임금을 지급함에 있어 이러한 원칙을 준수하지 않을 경우 그러한 임금 지급 방식은 「근로기준법」 제43조 제2항에 반하는 위법한 임금 지급 방식으로 보고, 「근로기준법」 제43조 제2항을 적용하여 매월의 임금 지급일에 해당 월의 근로에 대한 대가를 지급하도록 하여야 할 것이다. 즉, 사용자가 근로자에게 비정기적으로 또는 1개월을 넘는 기간을 주기로 지급하는 금품의 경우 그러한 금품 지급이 정기일 지급 원칙의 예외에 해당하는지를 먼저 판단하여야만 한다.

정기상여금이라는 명목으로 지급되는 금품 중 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되어 있는 금품은 그 명칭에도 불구하고 소정근로의 대가로 지급되는 임금에 해당하고, 따라서 이러한 정기상여금에 「근로기준법」 제43조 제2항이 적용되는 물론이다. 다만, 이러한 고정급의 정기상여금이 「근로기준법 시행령」 제23조 각호가 정하는 ‘임시로 지급하는 임금 등’에 해당하는 경우에는 임금 정기일 지급의 원칙의 적용이 배제될 수 있는지 문제될 수 있을 것이다.

이와 관련하여 「근로기준법 시행령」 제23조 제3호는 “1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정되는 장려금, 능률수당 또는 상여금”이라고 규정하고 있어, 일견 고정급의 정기상여금도 이에 해당하는 것처럼 보일 여지도 있으나, 앞서 본 바와 같이 「근로기준법 시행령」 제23조 제3호의 상여금은 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 기업의 경영 실적, 근로자의 근무 성적 등의 사유에 따라 산정하여 지급하는, 따라서 본질적으로 그 지급 여부 및 지급 금액이 가변적인 금품만을 의미하는 것이므로 기본급 등에 일정한 비율을 곱하여 산정한 금액을 정기적으로 지급하는 형태의 정기상여금은 위 조항이 당초 예정한 상여금에는 해당하지 않는다. 한편, 「근로기준법 시행령」 제23조 제4호는 ‘그 밖에 부정기적으로 지급되는 모든 수당’이라고 규정하고 있는바, 고정급의 정기상여금도 이러한 ‘부정기적으로 지급되는 모든 수당’에 해당하는 것으로 보일 여지도 있다. 그러나 위 법문 자체가 ‘수당’이라는 문언을 쓰고 있다는 점에서 정기상여금을 ‘부정기적으로 지급되는 모든 수



당'으로 보는 것은 문언의 의미를 넘는 것으로 생각된다.

강행법규의 법문 범위 내에서 법률행위가 이루어져야 하는 것이지, 강행법규에 반하는 법률행위의 효력을 긍정하기 위해 그 법문을 본래의 취지와 다르게 해석하는 것은 허용되어서는 아니 된다. 나아가 고정급의 정기상여금이 「근로기준법 시행령」 제23조 제4호의 '부정기적으로 지급되는 모든 수당'에 포함된다고 본다면 이는 결국 대통령령으로 「근로기준법」 제43조 제2항의 적용 범위를 임의로 정할 수 있다는 것인바, 이러한 결과는 사용자로 하여금 적어도 매월 한 번은 일정한 날짜를 미리 정하여 근로의 대가를 지급하게 함으로써 근로자의 생활 안정을 도모한다는 「근로기준법」 제42조 제2항의 취지를 몰각하는 것으로 전혀 동의할 수 없다.

결론적으로, 고정급의 정기상여금은 '소정근로의 대가'로 '정기일 지급 임금'에 해당하며,<sup>5)</sup> 따라서 수개월의 간격으로 고정급의 정기상여금을 지급하기로 하는 약정은 근로기준법 제42조 제2항에 위반하여 무효이고, 다만 무효행위의 전환의 법리<sup>6)</sup>에 따라 정기상여금 명목의 금품을 매월의 임금 지급일에 분할하여 지급하는 취지의 약정으로 전환될 수 있을 뿐이다.

권오성(성신여자대학교 지식산업법학과 교수)

5) 도재형(1998. 5), 「통상임금의 범위-상여금을 중심으로-」, 『노동법연구』 제7호, 서울대학교 노동법연구회, p.342.

6) 민법 제138조(무효행위의 전환) 무효인 법률행위가 다른 법률행위의 요건을 구비하고 당사자가 그 무효를 알았더라면 다른 법률행위를 하는 것을 의욕하였으리라고 인정될 때에는 다른 법률행위로써 효력을 가진다.

## 연령 등을 기준으로 정한 임금피크제 도입의 정당성

- 서울고등법원 2021. 9. 8. 선고 2015가합561002, 2017가합520173(병합), 2017가합555742(병합) 판결 -

### 【판결요지】

1, 2차 취업규칙은 모두 고령자고용법 제4조의4 제1항을 위반한 것으로 합리적인 이유 없는 차별에 해당하고, 나아가 그 내용이 현저히 부당하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하므로 무효라고 봄이 타당하다.

이 사건의 피고는 교육서비스업과 학습지 도소매업을 영위하는 X회사이다. 이 사건의 원고들은 X회사의 직원으로 학습지 회원에 대한 모집·유지·교육 업무를 수행하는 사람(이하 직원 교사)이다. 이 직원 교사들은 학습지 판매결과에 연동되지 않고 직무등급과 근속기간에 따라 상향되는 임금을 받고 있어, X회사와 위탁사업계약을 체결하고 학습지 회원에 대한 모집·유지·교육 업무를 수행하며 학습지 판매결과에 따라 지급 여부와 지급액이 정해지는 수수료를 받는 위탁직 교사와 구별된다.

X회사는 1차로 2009년 5월 취업규칙의 개정을 통해 정년을 2년간 연장(직무등급 G1, G2의 경우 55세에서 57세로, 직무등급 G3, G4의 경우 만 55세로) 하면서, 직급(정년)과 직급별 일정 연령(G4-44세, G3-46세, G2-48세, G1-50세)에 달한 직원 교사에 대해 1년 차 90%, 2년 차 70%, 3년 차 이후에는 60%까지 지급하는 방식으로 순차적으로 임금을 삭감하는 임금피크제를 도입하였다. X회사는 같은 해 10월 임금피크제 적용대상자들에게 적용대상 사실과 삭감되는 임금 등을 안내하면서, 자발적 전직을 선택하면 기본급 6개월 치 전직 지원금이 별도로 지급되며, 퇴직금 또한 임금피크제 적용에 따른 감

1) X회사는 G6, G5, G4, G3, G2, G1이 있고 G1에서 임원으로 상향하는 직급체계를 갖고 있다. X회사에서 직급정년제는 직무등급별로 일정기간(횟수) 경과 시까지 승급을 하지 못한 경우 승급기회를 제한하는 제도를 말한다. G1에서 10년이 경과하거나 만 50세가 되면 승급기회가 제한되고, G2에서는 평균 5회, G3에서는 평균 4회, G4에서는 평균 3회로 승급기회가 제한된다.



액 이전의 임금으로 지급된다고 안내하였다. 그리고 동월 인사위원회에서 ‘임금피크제는 나이에 따른 퇴출프로그램으로 급여를 원복시키지 않는 것이 원칙이다.’고 결정하였다.

그리고 X회사는 2차로 같은 해 12월 취업규칙의 개정을 통해 직급정년과 직급별 일정연령에 달하는 직원 교사에 대한 삭감률을 상향하여 1년 차에는 70%, 2년 차에는 60%, 3년 차 이후에는 50%를 지급하는 것으로 개정하였다. 그리고 X회사는 2013년 6월 취업규칙의 개정을 통해 임금피크제의 최초적용 연령을 G1, G2의 경우 만 52세, G3, G4의 경우 만 50세로 상향하였다.

이 사건의 원고들인 직원 교사들은 취업규칙의 변경절차에 문제가 있다고 하면서 여러 가지 측면에서 주장하였다. 이러한 주장들 중 법원이 인정한 것은 노동조합이 있으나 과반수 노동조합이 없는 경우 취업규칙 변경에 대하여 집단적 의사결정방식에 의한 동의를 적법하지 않았다는 점이다. 그리고 이 사건 원고들은 이렇게 절차적으로 위법할 뿐만 아니라 임금피크제와 관련한 취업규칙의 내용이 실제적으로 위법하다고 주장하였다. 그 근거로 연령 관련 임금피크제는 연령을 이유로 한 차별에 해당되어 연령차별금지법<sup>2)</sup>에 위반한다고 주장하였고, 직급정년제에 따른 임금피크제는 임금삭감률이 지나치게 과도하여 「민법」 103조와 104조를 위반하여 무효라고 주장하였다. 이 사건에서 법원은 위의 판결요지와 같이 1, 2차 취업규칙 모두가 연령차별 금지법 위반으로 무효이고, 나아가 내용이 현저히 부당하여 103조 위반으로 무효가 된다고 판단하였다.

X회사의 연령과 직급정년에 관련한 임금피크제는 이미 선행사건에서 다른 직원교사들이 이 사건 원고들과 동일한 취지로 주장하여 법원이 무효라고 판시한 바 있다.<sup>3)</sup> 선행사건과 이 사건 모두 취업규칙 개정의 절차적 위법성을 이유로 연령과 직급정년에 관련된 임금피크제가 무효라고 보았다. 그렇지만 선행사건에서는 절차적 위법성만으로 이미 무효임이 명확하기 때문에 연령차별 등의 주장에 대해서는 더 나아가 판단하지 아니했던 반면에, 이 사건에서는 이 주장도 별도로 판단하여 위의 요지와 같은 판시를 한 점에 차이가 있다. 이 사건에서 연령차별 등의 주장에 대하여 별도로 판단한 것은

2) 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률을 말한다. 위 판결요지에서는 고령자고용법이라고 언급되었으나 이 글에서는 편의상 연령차별금지법으로 칭한다.

3) 서울고등법원 2017. 1. 13. 선고 2015나2049113 판결.



이 사건 원고들 중 1명이 X회사의 1,2차 취업규칙 개정 이후에 입사하여, 불리하게 개정되기 전에 입사한 근로자들과는 달리 개정 후 입사한 근로자들에게는 적법한 동의절차를 거치지 않았더라도 취업규칙 변경이 유효하다고 보는 대법원 전원합의체의 판례법리<sup>4)</sup>에 따라 이 사건 취업규칙 개정 후 입사한 이 원고에게는 이 사건의 변경된 취업규칙이 여전히 효력이 있기 때문이다.

이 사건에 대한 고등법원의 판결은 선행사건에 대한 법원의 판결과 동일하게 과반수노조가 없는 경우 집단적 의사결정방법에 의한 동의의 요건에 대해 새로운 법리를 제시했다는 점에서 주목이 된다. 법원은 “취업규칙의 작성변경권을 원칙적으로 사용자가 보유하고 있다는 현실적 측면을 고려할 때”, 그 요건은 “가능한 한 근로자들이 사용자 측의 영향력이 배제된 상태에서 상호 의견교환이나 토론 등 집단적인 논의를 거쳐 취업규칙 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는가라는 관점에서 그 충족 여부를 평가함으로써, 집단적 근로조건의 대등 결정이라는 취지가 훼손되지 않도록 하여야 한다.”고 하였다. 이는 이제까지의 대법원의 판례법리가 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있었는지에 대해 회사의 개정필요에 대한 설득과 홍보를 용인하면서, 간섭이나 배제가 없었는지만을 소극적으로 판단한 것과 대비된다.<sup>5)</sup>

그렇지만 이 사건에 대한 법원의 판결에서 가장 주목해야 할 부분은 취업규칙 절차의 위법성 여부와 무관하게 이 사건의 임금피크제가 연령차별금지법 등을 위반하여 실제적으로 위법하다고 판단한 점이다. 이 사건은 명시적으로 연령차별금지법에 위반된다고 하면서 취업규칙 등이 무효라고 판단한 최초의 사례일 수도 있을 것이다.<sup>6)</sup> 우선 이 사건에서의 법원의 판결 스스로가 보여주는 바와 같이 취업규칙 변경의 절차적 위법성에 대한 판단은 위

4) 대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 판결.

5) 이 사건 고등법원 판결과 선행사건에 대한 고등법원 판결 모두 X회사가 상고하지 않아 판결이 확정되었다.

6) 2008년 고령자고용촉진법에서 연령차별금지법으로 바뀌어 고용상 연령차별이 규제되기 시작한 것은 2009년 3월 22일이다. 이 법이 이렇게 개정되기 전에 발생하여 연령차별금지법에 위반된다고 언급하지는 않았지만, 단체협약으로 정년을 단축하였다가 이를 다시 복원하는 방식으로 특정연령의 사람들만을 퇴사하게 한 것에 대해 ‘연령만으로 조합원을 차별하는 것이어서 합리적 근거가 있다’고 보기 어렵다고 판시한 사례가 있다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두7790 판결).

위법의 효과가 제한되어 한계가 있으며, 이번 사건과 같은 유형에서는 실제적 위법성이 더 중요하게 고려되어야 함이 드러난다. 그리고 이 사안의 경우는 아니지만, 설령 취업규칙의 불이익 변경에 대해 절차적으로 위법성이 없는 경우에도 불합리한 차별과 같이 헌법이나 혹은 다른 법률의 규정에 위반되는 경우 위법하게 된다는 것을 법원이 실시하고 있다는 점에서 의미가 있다.

그러나 이 사건에서 법원은 연령을 기준으로 한 임금피크제와 직급정년의 도달을 이유로 한 임금피크제를 구별하고 이에 따라 연령차별금지법과 「민법」 103조 위반을 각각 판단하지는 않았다. 법원은 양자를 구별하지 않고, 비록 등급별로 정년이 연장되지만, 임금피크제로 인한 임금 삭감이 과도하다는 점 등을 주요한 근거로 하여 합리성이 없다고 보았다.<sup>7)</sup> 여기에서 특히 법원은 상당한 비율의 임금 삭감이 “당해 근로자가 제공하는 근로의 질이나 양과는 무관하게 오로지 ‘일정한 연령에 도달하였는지 여부’와 ‘승급 대상에서 누락하였는지 여부’에 연동되는 것으로, 근로의 대가로 지급되는 임금의 특성에 비추어 합리성을 찾기 어렵다.”라고 실시한 점은 주목된다. 이와 같은 법원의 실시는 연령에 대한 차등 대우가 합리적이어서 연령차별로 보지 않기 위해서는 근로의 질이나 양과의 관련성이 드러나야 한다는 점을 보여 준다. 향후 유사한 사안에서 연령차별 등에 해당하는지를 판단할 때 합리적인 이유가 있는지를 고려하여야 할 요소와 기준에 대해 법원의 이러한 실시는 시사하는 바가 크다.

그렇지만 위와 같은 법원의 판단은 구체적으로 연령차별금지법의 조문을 충분히 참조하거나 고려했다고 보이지는 않는다. 예를 들어 연령차별금지법에서는 연령 외의 기준을 적용하여 특정연령집단에 특히 불리한 결과를 초래하는 경우에는 연령차별로 본다고 하여(제4조의4 제2항) 소위 간접차별을 금지하고 있다. 특정 등급의 직급정년에 도달하였는지의 기준은 승급대상에서 누락한 횟수(임원의 경우는 승급된 이후 경과기간 혹은 연령)로 판단하고 있는데, 이 기준대로 하면 결과적으로 특정 직급 내에서 상대적으로 연령이 많은 사람들이 더 많이 직급정년에 도달하여 이들이 더 자주 임금 삭

7) 회사가 이 사건의 임금피크제를 나이에 따른 퇴출프로그램으로 본 것과 이에 따라 해당하는 교사들 상당수가 퇴사한 점이 명확히 확인된 점도 법원이 이 임금피크제를 실제적으로 위법하다고 본 근거 중의 하나이다.

감을 당하게 될 것이다. 따라서 이와 같은 경우는 「민법」 103조에 의존하지 않고도 연령차별금지법상 간접차별로 보아 역시 위법하다고 볼 수도 있을 것이다.

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

## 도급근로자의 근로시간은 ‘양날의 검(劍)’이다

- 서울고등법원 2021. 10. 26. 선고

2019나2031229, 2019나2031236(병합), 2019나2031243(병합),  
2019나2031250(병합), 2019나2031267(병합) 판결 -

### 【판결요지】

원고들의 실제 총 근로시간은 원고들의 예정 근무시간 및 출근 후 준비 시간을 기준으로 산정할 경우 원고들이 피고의 전산망에 입력한 업무시작시간과 업무종료시간을 기준으로 산정할 경우보다 통상시급 산정에 있어 총 근로시간이 길어져 피고에게 유리한 점 등을 종합하여 보면, 원고들의 총 근로시간은 원고들의 예정 근무시간 및 출근 후 업무준비시간을 포함한 ‘평일 07:30부터 20:00까지, 토요일 08:00부터 18:00까지’로 추인할 수 있다.

실적급, 능률급, 업적급, 개수임금 등의 ‘도급제 임금’을 받는 근로자를 “도급 근로자”<sup>1)</sup>라고 한다. 실적급 등을 받는 특수고용노동자나 플랫폼노동자가 근로기준법(이하 ‘근기법’)상 근로자로 인정되면, 이들이 바로 도급근로자가 된다.

근로자성이 문제되는 특수고용노동자 관련 판결례의 경우, 거의 대부분이 부당해고·산업재해·퇴직금을 주장하는 사건이었다. 이러한 분쟁에서는 해당 근로자의 ‘평균임금’만 계산하면 끝난다. 그러나 최근 특수고용노동자가 퇴직금뿐만 아니라 주휴수당이나 연차수당까지도 청구하면서 ‘통상임금’까지 계산해야 하는 분쟁이 발생하고 있다. 도급근로자의 통상임금은 근기법 시행령 제6조 제2항 제6호<sup>2)</sup>에 따라 “도급제에 따라 계산된 임금의 총액”을 “총 근로시간 수”

- 1) 「근로기준법」 제47조(도급 근로자) 사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.
- 2) 6. 도급 금액으로 정한 임금은 그 임금 산정 기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감 기간을 말한다.)의 총 근로시간 수로 나눈 금액

로 나누어 계산하므로, 도급근로자의 근로시간 산정이 주요 쟁점이 된다.

도급근로자의 통상임금 산정이 쟁점이 되었던 첫 사례는 2020년 정수기 기사 판결<sup>3)</sup>이다. 이 사안에서 정수기 기사들이 주휴수당·휴일근로수당·연차수당을 청구하면서 그 기사들의 통상임금 산정방법이 쟁점이 되었다(통상임금 산정방법에 대해서는, 2020년 정수기 판결에 대한 필자의 평석<sup>4)</sup>을 참조). 대상판결도 같은 맥락에 있다.

대상판결은 정수기 업계 1위인 ‘코웨이’ 사건이다. 정수기 기사(원고)들이 코웨이 주식회사(피고)를 상대로 퇴직금과 함께 주휴수당·연차수당을 청구하였다. 대상판결은 정수기 기사의 근기법상 근로자성을 인정하면서, 퇴직금과 함께 주휴수당·연차수당에 대한 청구를 인용하였다. 이 글에서는 근로자성과 퇴직금 부분은 논외로 하고, 주휴수당·연차수당을 위한 ‘통상임금’ 산정과 관련된 두 개의 쟁점을 중심으로 살펴본다.

첫째, 도급근로자의 통상임금은 어떻게 산정하는가? 답은 간단하다. 근기법 시행령 제6조 제2항 제6호에서 규정한대로 하면 된다. 동 규정은 1954년 제정 근기법 시행령<sup>5)</sup>(당시 제24조 제6호)<sup>6)</sup> 때부터 있어 왔다. 조문의 내용상 변화는 없다. 이렇게 명확한 대답이 있음에도, 이런 질문을 한 것은 ‘도급근로자에게는 통상임금이 없다.’는 취지의 사용자 주장 때문이다.

2020년 정수기 판결에서 피고는 “원고들이 수령한 용역비 중 업무실적에 따라 지급 여부가 비교적적인 수당은 통상임금 산정에 반영할 수 없다.”고 주장했으며, 대상판결에서의 피고도 “원고들의 수수료가 고정성이 없어 통상임금이 아니므로 법정수당의 산정기준이 될 수 없다.”고 하여 같은 취지의 주장을 했다. 즉, 수수료(도급제 임금)는 고정성이 없으므로 통상임금이 될 수 없다는 것이다. 아마도 피고들은 통상임금에 관한 2013년 전원합의체 판결<sup>7)</sup>의 법리를 염두한 것 같다. 그러나 2013년 전원합의체 판결은 ‘시간급제

3) 울산지방법원 2020. 2. 19. 선고 2018가합24567 판결.  
 4) 방강수, 「도급제 임금에서 시간급 통상임금 계산방법」, 『노동리뷰』 제184호, 한국노동연구원, 2020.7, pp.100~104.  
 5) 시행 1954. 4. 7. / 대통령령 제889호, 1954. 4. 7. 제정.  
 6) 6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금 산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금 산정기간(賃金磨勘日이 있는 境遇에는 賃金磨勘期間. 以下 같다)의 총근로시간수로써 제한 금액  
 7) 갑을오도텍 사건으로서 같은 날 선고된 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(정기상여금 판결)과 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결

임금'에서의 통상임금 법리이므로, 도급제 임금에 적용될 수는 없다.

보다 더 근본적으로는, '통상임금은 도구 개념이므로, 통상임금이 없을 수는 없다'는 기본전제를 간과한 것이다. 또한 피고들의 주장은 1954년 제정 근기법 시행령 때부터 존치했던 규정(도급 임금의 통상시급 환산방법 규정)을 무시하는 주장이다. 시간급근로자이든 도급근로자이든 도구 개념으로서의 통상임금이 없을 수는 없다. 대상판결도, 피고의 주장은 "도급 근로자의 경우 통상임금이 인정될 수 없게 되어 매우 부당한 점" 등을 근거로 하여, 피고의 주장을 배척하였다.<sup>8)</sup>

둘째, 도급근로자의 통상임금 산정을 위한 "총 근로시간 수"는 어떻게 판단하는가? 도급근로자에게는 근로의 시간보다는 실적이 더 중요하므로, 근로계약(이 사건 위임계약)에 근로시간을 명시하지 않는 경우가 일반적이다. 그래서 근로시간 산정이 문제 될 수밖에 없다.

대상판결 사안에서 원고들의 '예정 근무시간'은 '평일 09:00부터 20:00까지, 토요일 09:00부터 18:00까지'이다. 피고는 콜센터를 통하여 원고들에게 '예정 근무시간'에 업무를 배정했고, 원고들은 이 시간 범위에서 실제 업무를 처리하였다. 여기에 더해 원고들은 조회나 교육 참석, 서비스대금의 납부, 업무수행에 필요한 부품의 수령 등을 위하여 평일 07:30, 토요일 08:00에 매일 소속 지점에 출근해야 했고, 출근하지 않으면 자신의 업무를 수행할 수 없었다. 따라서 '평일 07:30부터 09:00까지, 토요일 08:00부터 09:00까지'는 '출근 후 준비시간'이 된다.

정리하면, '예정 근무시간'(평일 09:00부터 20:00까지, 토요일 09:00부터 18:00까지)은 1주 총 64시간이고, '출근 후 준비시간'(평일 07:30부터 09:00까지, 토요일 08:00부터 09:00까지)은 1주 총 8.5시간이다.

원고들은 '예정 근무시간'(1주 총 64시간)을 기준으로 총 근로시간을 계산해야 한다고 주장한 반면, 피고는 '예정 근무시간'에 더해 '출근 후 준비시간'(1주 총 8.5시간)까지도 근로시간에 포함되어야 한다고 주장하였다. 대상판결은 피고의 주장을 받아들여, "원고들의 총 근로시간은 원고들의 예정 근무시간 및 출근 후 업무준비시간을 포함한 '평일 07:30부터 20:00까지, 토요일 08:00부

(복리후생비 판결)이다.

8) 대상판결의 판결서 pp.18~19 참조.

터 18:00까지'로 추인할 수 있다.”라고 판단하였다. 즉, 대상판결은 ‘1주 총 72.5시간’을 근로시간으로 인정하고 시간당 통상임금(통상시급)을 산정하였다.

일반적인 근로시간 분쟁의 양상은, 근로자는 더 긴 시간을 주장하고 사용자는 더 짧은 시간을 주장하는 것이다. 그러나 대상판결에서는 정반대의 양상이 나타났다. 본 사안에서 근로시간은 통상시급 계산식의 ‘분모(分母)’이기 때문이다. 사용자 입장에서는, 근로시간이 길수록 통상시급은 적어져서 유리하다. 그 결과 사용자가 지급해야 할 주휴수당과 연차수당도 적어진다. 대상판결도 “통상시급 산정에 있어 총 근로시간이 길어져 피고에게 유리한 점”을 언급하고 있다.

그러나 도급근로자의 근로시간은 “양날의 검(劍)”<sup>9)</sup>이다. 대상판결은 통상시급 계산식의 분모인 근로시간을 ‘1주 72.5시간’으로 인정하였다. 만약에 다른 사건이 제기된다면 사용자는 난처해질 수 있다. 일단 1주 72.5시간은 근기법상 ‘1주 최대 52시간’을 훌쩍 초과하는 위법한 근로시간이다. 1주 52시간을 초과하는 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다(근기법 제110조 제1호). 또한 총 근로시간이 길어지면 최저임금 위반 여부도 문제될 여지가 있다. 도급근로자의 시간당 최저임금 계산방법(최저임금법 시행령 제5조 제2항)<sup>10)</sup>은 통상임금 산정방법과 동일하기 때문이다.

2020년 정수기 판결에서는 통상시급 산정을 위한 근로시간을 ‘1일 8시간’으로 인정했기에, 위법한 연장근로나 최저임금 위반 여부는 문제될 여지가 없었다. 그러나 대상판결은 1주 72.5시간의 근로시간을 인정함으로써, 도급근로자의 근로시간은 “양날의 검(劍)”임을 현실적으로 증명했다.

근로자를 자영업자로 위장하여(즉, 근로계약을 위탁계약 등으로 위장하여) 근기법상 근로시간 규제를 피하려는 사례는 많다. 그러나 도급근로자도 당연히 근로시간 규제를 받아야 한다. 대상판결은 특수고용노동자를 활용하여 장시간 노동을 만연케 하는 현 상황에 대해 경종을 울릴 계기를 마련해 주었다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

9) 방강수, 「도급제 임금에서의 통상임금 범위」, 『노동법연구』 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021. 9, p.189.

10) ② 생산고에 따른 임금지급제나 그 밖의 도급제로 정해진 임금은 그 임금 산정기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감기간을 말한다. 이하 이 항에서 같다)의 임금 총액을 그 임금 산정기간 동안의 총근로시간 수로 나눈 금액을 시간에 대한 임금으로 한다.

## 집단적 경영성과급<sup>1)</sup>의 임금성

- 서울지방법원 2021. 6. 17. 선고 2019가합542535 판결(인정) -
- 수원고등법원 2021. 6. 17. 선고 2020나26085 판결(불인정) -

### 【판결요지】

동일한 회사에서 지급하는 집단적 경영성과급이 임금에 해당하는지에 대해 두 법원이 동일한 날에 상반되는 결정을 내렸다. 그 회사는 전자제품과 반도체 등 3개의 사업부문 각각에 여러 다른 사업부를 갖고 있는 A 전자이다. 수원고등법원은 경영성과급의 일종인 A전자의 목표인센티브와 성과인센티브(이하 이 사건 인센티브들)에 대해 임금이 아니라고 하여 근로자들의 퇴직금 청구에 관한 항소를 기각하였고(이하 수원고법판결), 서울지방법원은 이 사건 인센티브들이 임금에 해당한다고 하여 근로자들의 퇴직금 청구를 인용하였다(이하 서울지법판결).

상반되는 두 판결은 기본적으로는 임금성에 대한 동일한 판례법리를 근거로 들고 있다. 그 판례법리는 “근로의 대가로서 근로자에게 지급되는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것”이고, “어떤 금품이 근로의 대가로서 지급된 금품인지를 판단함에 있어서는 그 금품 지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 한다.”는 것이다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다77514 판결).

이 판례평석은 수원고법판결과 서울지법판결을 비교하여 사실관계의 인과 관계와 법리의 적용에 있어서 어떠한 차이가 이렇게 상반된 결정을 내리게 되었는지 소개한다. 이러한 비교분석 과정에서 필자의 견해를 간단하게 제시해 보고자 한다. 그리고 위 판례법리상 임금성 판단의 요건으로 들고 있는 ‘계속적·정기적’ 지급은 이 사건 인센티브들이 각각 1994년, 2000년 도입

1) 이 사건에서 문제되는 금품의 명칭은 목표인센티브와 성과인센티브이다. 소속한 단위 혹은 전체 근로자를 대상으로 부서나 전체 회사 차원에서 설정한 목표나 성과가 달성되었을 때 지급된다는 의미로 이 글에서 목표인센티브와 성과인센티브를 함께 언급할 때는 집단적 경영성과급으로 칭한다.



이래 계속적·정기적으로 지급되어 와서, 이 부분에 대해서는 다툼이 없었다는 점을 밝혀 둔다.

수원고법판결과 서울지법판결에서 가장 중요하고 극명하게 대비되는 것은 위의 이 사건 인센티브들이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있는지 여부이다. 수원고법판결은 이 사건 인센티브들이 “피고의 근로자들이 제공한 근로의 양이나 질에 대한 평가를 기초로, 혹은 근로자들이 제공한 근로의 양이나 질에 대한 대가로 지급된 것이라기보다는 피고의 전반적인 경영성과에 대한 평가를 기초로 그에 따른 이익 중 일부를 근로자에게 배분하는 것”이라고 보았다. 그 근거로 수원고법판결은 목표인센티브의 지급률을 평가하는 근거가 되는 각 사업부문과 사업부의 성과는 “개별 근로자들의 평균적인 근로제공을 전제로 각 평가 기간 동안의 세계 및 국내 경제 상황, 동종 업계 동향, 전 세계 각국의 외교·통상정책, 피고 경영진의 경영판단 등 개별 근로자들이 통제할 수 없는 요인들에 의하여 결정된다.”고 본다. 또한 성과인센티브의 근거가 되는 경제적 부가가치(Economic Value Added)<sup>2)</sup>의 발생 여부와 그 액수 역시 위 각 사업부문과 사업부의 성과에서와 마찬가지로 개별 근로자들이 통제할 수 없는 요인들에 의해 결정된다고 본다.

반면에 서울지법판결은 각 사업부문과 사업부의 경영성과가 “회사 경영진의 경영능력, 회사 자본이나 자산의 기여, 협업에 의한 근로자들의 근로 제공, 전체 시장 상황 등이 총체적으로 결합한 결과로서 피고는 경영성과를 경영진에 대한 보수, 주주에 대한 배당, 근로자들에 대한 성과상여급 등으로 배분한다.”며 두 인센티브가 “근로자들이 집단으로 제공한 협업 근로가 피고의 경영성과에 기여한 가치를 평가하여 근로자들에게 그 몫을 지급하는 것이므로, 근로의 양이나 질과 밀접한 관련이 있다.”고 본다.

서울지법판결이 지적하는 바와 같이 수원고법판결은 개인별 성과급이 임금으로 인정되는 대법원의 판결취지와 상충되는 면이 있다. 예를 들어 자동차 영업사원이 개별적으로 차를 판매하여 일정한 비율로 판매한 대수만큼 받는 인센티브는 임금으로 인정되는데(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결), 이 영업사원의 자동차 판매대수 또한 경제상황, 동종업계 동향, 경영진의 판매정책판단 등 개별 근로자들이 통제할 수 없는 요인에 의해 좌우되는 측

2) 세후 영업이익에서 자본비용을 뺀 금액을 뜻한다고 한다.

면이 분명히 존재하는데도, 개인별 인센티브는 임금에 해당한다. 근로제공과 관련하여 집단적 인센티브와 개인별 인센티브의 차이는 근로제공과 밀접한 관련이 있느냐의 여부의 차이가 아니라 개별적 업무로서의 근로제공인지 집단적인 협업으로서의 근로제공인지일 뿐이다. 또한 수원고법판결은 공공기관 근로자들의 집단적인 협업에 의한 근로제공과 경영평가성과급이 밀접한 관련이 있다는 것을 전제로 하여 공공기관의 경영평가성과급이 임금에 해당한다고 본 대법원판결(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결)과도 배치되는 측면이 있다. 그럼에도 불구하고 수원고법판결은 “지급조건이 경영성이나 노사관계의 안정 등과 같이 근로자 개인의 업무실적 및 근로의 제공과는 직접적인 관련이 없는 요소에 의하여 결정되도록” 되어 있는 경우 임금이라고 볼 수 없다는 대법원의 이전 판례법리(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다48077 판결)를 판단의 근거법리로 하고 있다. 이 판례법리가 이 사건 인센티브들과는 달리 임원 등을 대상으로 회사의 재량으로 지급대상자를 선발한 점 등의 사실관계를 기초로 하였다라는 점에서 그 적용에 의문이 있을 수 있으나 판례법리 문구 자체만으로 보면 이 판례법리와 공공기관의 경영평가성과급을 임금으로 인정한 대법원의 판단과는 서로 상충될 여지가 있어 보인다.

다음으로 이 사건 인센티브들에 대하여 A전자가 지급의무성을 갖고 있는 지4)에 대한 판단에서 양 판결은 또한 대비된다. 수원고법판결은 이 사건 각 인센티브들과 관련하여 지급할 대상, 지급해야 할 조건 등이 확정되어 있는지에 대해 연봉계약서, HR규정에 지급의 근거규정이 있다는 점을 인정하면서도 이 사건 인센티브들 계산의 기초가 되는 일정한 기초금액 및 지급률이 구체적으로 정해져 있거나 적어도 이를 특정할 수 있는 기준 등이 마련되어 있지 않다고 본다. 반면에 서울지법판결은 수원고법판결이 언급한 규정들 이외에 ‘급여·복리후생·근태기준’에서 각 인센티브의 지급대상과 산정기

- 
- 3) 이와는 반대취지의 대법원 판결(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결)을 서울지법판결은 인용하고 있는데, 이 판결에서 대법원은 ‘급여규칙에 명시적 근거를 두고’ ‘지급사유와 지급기준을 사전에 정해 놓았으며 그에 따라’ ‘정기적·계속적으로 지급되어 온’ 사실을 근거로 하여 성과배분상여금을 임금에 해당한다고 판단하였다.
- 4) 수원고법판결은 이 사건 인센티브들을 ‘지급할 대상, 지급해야 할 조건 등이 확정되어 있는지’라고 하여 이것이 단체협약이나 취업규칙 등에 의한 지급의무성 판단임을 명시적으로 밝히지 않았으나 내용에서는 각 규정들에 지급할 대상, 지급해야 할 조건 등이 구체적으로 정하여져 있는지를 보는 것이어서 지급의무성에 대한 판단으로 보아도 무방하다고 생각한다.

준, 지급일을 구체적으로 정하고 있다고 보아 A전자에 지급의무성이 있다고 판단한 것으로 보인다. 특히 서울지법판결은 수원고법판결이 알 수 없다고 보는 일정한 기초금액이 상여계산기초금액으로서 근로자별 월 기준급의 120%라고 명시하고 있다.

이렇게 비교하여 보았을 때 의문점이 몇 가지 생긴다. 우선 지급기준에서 서울지법판결은 일정한 기초금액의 액수가 특정되어 있다고 보고 수원고법판결은 이것을 파악할 수 없다고 한다는 점에 대해 의문이 있다. 수원고법판결은 이 사건 인센티브들이 매년 정기적·계속적으로 전 근로자들에게 지급 되었으면서도 실제로 어떠한 기준에 의해 지급되었는지를 알 수 없다는 것으로, 사실관계 인정에서 이렇게 극명한 차이가 보이는 점을 이해하기가 상당히 어렵다. 그리고 목표인센티브가 어떤 근로자에게 어떤 지급률을 결정할 것인가가 정해져 있지 않다고 수원고법판결은 이유를 들고 있는데, 앞의 지급기준에 의하면 사업부문이나 사업부 평가에 의해 결정된 성과등급에 따라 해당 사업부문과 사업부에 소속된 근로자들에게 일괄적으로 지급하는 것으로 보이고, 서울지법판결도 이렇게 이해하고 있는 것으로 보인다. 이렇게 보았을 때, 지급률은 목표인센티브의 경우는 평가등급별로 이미 정하여져 있고, 성과인센티브의 경우에만 정하여져 있지 아니하다.

다음으로 성과인센티브에 대하여 지급률이 정하여져 있지 않은 것이 A전자가 이 사건 인센티브들에 대해 지급의무성이 없다고 볼 수 있는지에 대해서도 의문이 있다. 공공기관의 경영평가성과급에 대하여 대법원은 명시적으로 매년 경영평가로 결과에 따라서는 경영평가성과급을 지급받지 못하는 경우가 있다고 하더라도, 그리고 지급률을 경영평가의 등급에 따라 매년 기획재정부가 정하고 있음에도 불구하고 경영평가성과급에 대하여 지급의무성이 있다고 보았다. 이러한 점에서 A전자의 성과인센티브는 공기업의 경영평가성과급과 유사한 경우임에도 불구하고 수원고법판결은 경영평가성과급에 대한 대법원 판단과 상충되는 판단을 하고 있으나, 이에 대해 어떠한 이이나 근거를 제시하고 있지 아니하다.

이상의 2가지 주요 쟁점에 대해서만 수원고법판결과 서울지법판결이 달리 보는 것은 아니다. 수원고법판결은 더하여 이 사건 인센티브들을 근로의 대가로 볼 수 없는 이유로, 이 사건 인센티브들의 지급에서 재직자 기준이 적용되는 점과 취업규칙에 이 사건 인센티브들이 규정되어 있지 아니한 점 그



리고 근로복지기본법에 성과배분이 규정되어 있는 점 등을 들고 있다. 그러나 이러한 점들은 수원고법판결이 대법원의 판례법리와 법규정을 오해한 것이 명백해 보여 별도로 자세하게 소개하거나 설명할 필요가 없어 보인다.

그래서 간략하게만 지적하면 우선 수원고법판결이 이 사건 인센티브들에 재직자 기준이 적용되는 점을 근거로 하여 임금성을 부정하였는데, 이렇게 판단하는 데 참조한 판결인 상여금이 통상임금에 해당하는지에 대한 대법원 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결)은 재직자 기준이 있는 임금항목은 소정근로의 대가로서 통상임금에 해당하지 않는다는 것이지, 근로의 대가로서 임금에 해당하지 않는다고 실시한 것이 아니다. 그럼에도 수원고법판결은 통상임금에 관한 전원합의체 판결을 잘못 이해하여 재직자 기준을 임금성 판단에 잘못 적용하였다.

다음으로 수원고법판결이 별도로 이 사건 취업규칙에 규정되어 있지 않은 점을 근거로 하는 것은 위의 지급의무성 부분에서 함께 언급되었어야 하는 점은 별론으로 하고도 법리적으로도 오해를 한 것으로 보인다. 대법원은 취업규칙은 사용자가 복무규율과 임금 등 해당 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것을 말하고 그 명칭에 구애받을 것이 아니라고 판시하였다(대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다63599 판결). 이렇게 보았을 때, 수원고법판결이 보는 바와 같이 A전자가 취업규칙으로 이름을 정한 것만 근로기준법상의 취업규칙에 해당하는 것이 아니고, 이 사건 인센티브들의 지급대상, 지급률, 지급시기 등을 규정하고 있는 ‘급여·복리후생·근태기준’은 그 명칭에도 불구하고 법적으로 인정되는 취업규칙에 해당한다. 따라서 앞서 언급한 것처럼 법적인 의미에서 취업규칙인 이 기준에 지급대상, 지급률, 지급시기 등을 규정하고 있기 때문에 지급의무성이 있다고 볼 수 있는 것이다.

다음으로 수원고법판결은 근로복지기본법 제3장 기업근로복지 항목의 제84조(성과배분)가 “사업주는 해당 사업의 근로자와 협의하여 해당 연도 이익 등 경영목표가 초과 달성된 경우 그 초과된 성과를 근로자에게 지급하고 근로자의 복지증진을 위하여 사용하도록 노력하여야 한다.”고 규정된 것을 이유로 하여 기업의 성과배분 역시 근로복지의 차원에서 규율하고 있고, 이것이 기업의 성과배분에 관하여 임금성을 긍정하기 어려운 사정이라고 판단하였다. 그렇지만 당장 이 법조문에서 ‘초과된 성과를 근로자에게 지급’하는 것과 ‘근로자의 복지증진을 위하여 사용’하는 것을 구별하는 점을 보면, 성

과배분이 근로자의 일반적인 복지증진과는 다른 성격의 것임이 보인다. 또한 이 조항의 입법 취지 자체가 경영성과급 등을 임금으로 보지 않기 위한 취지라고 해석하는 것은 상당히 무리가 있어 보인다. 임금성 여부에 대한 판단은 근로기준법의 적용과 해석에 달려 있는 문제이기 때문이다.

마지막으로 수원고법판결은 평균임금의 통상의 생활임금적 성격을 이유로 이 사건 인센티브들이 임금에 해당하지 않는다고 보는데, 임금성이 전제된 후에 판단되어야 하는 평균임금성의 법리를 근거로 하는 것은 명백히 잘못된 것으로 보인다.

경영평가성과급은 많은 회사에서 지급되고 있는 것으로 보인다. 그리고 올해 초에는 여러 회사에서 지급액과 지급기준에 대한 근로자들의 집단적인 문제제기도 있었을 정도로 민감한 문제이다.<sup>5)</sup> 그러한 근로자들에게 회사가 달성한 경영성과나 목표가 근로자들의 근로제공과 관련이 전혀 없다고 하는 것이 얼마나 현실적으로 설득력을 가질지 의문이다. 또한 경영평가성과급이 근로자들의 근로의욕과 동기를 북돋우는 효과가 없고, 집단적으로 근로자들이 협업하면서 노력한 것과 아무런 관련이 없다면, 기업들은 상당한 액수의 경영성과급을 왜 지급하는 것일까?

수원고법판결과 서울지법판결은 물론 유사한 경영평가성과급사건<sup>6)</sup>도 당장 상급심에서 다투어질 예정이다. 현대사회에서 거의 모든 노동은 정도의 차이는 있겠지만 집단적인 협업을 통해서 이루어진다. 그럼에도 불구하고 수원고법판결은 그러한 노동에 대한 대가가 개별적인 노동으로 보았을 때는 임금으로 보고, 집단적으로 이루어진 것으로 보았을 때는 임금이 아닌 어떤 것으로 본다는 취지이다. 이러한 판단이 가능할 수 있는 여지를 제공하는 것은 대법원의 임금성 관련 일부 판례법리이다. 일견 상충되어 보이는 여지를 임금이 근로의 대가인 점에 초점을 맞추어 판례법리를 수정하고 명료화하여야 할 필요가 시급해 보인다.

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

5) 아주경제, 「[성과급 진풍경] 고개 숙인 회장님, 할 말 다하는 MZ세대… “한국식 보상체계 변해야”」, 2021. 2. 17. 기사.

6) 수원지방법원 여주지원 2020. 1. 21. 선고 2019가단50590 판결; 수원지방법원 2021. 2. 4. 선고 2020나55510 판결.

## 1년 계약직 근로자의 연차수당

- 서울북부지방법원 2021. 4. 6. 선고 2020나40717 판결 -

### 【판결요지】

(1) 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다.

(2) 근로기준법 제60조 제1항이 규정한 연차유급휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생하므로, 근로기간이 1년인 피고의 경우 근로기준법 제60조 제1항이 규정한 연차유급휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차유급휴가수당을 청구할 수 없다. 피고에게는 근로기준법 제60조 제2항만이 적용된다.

### 1. 사건 개요 및 쟁점

1년간 80% 이상 출근한 근로자에게는 ‘15일’의 연차휴가가 부여되며(근로기준법 제60조 제1항), 1년 미만자에게는 1개월 개근 시 1일의 휴가가 부여되므로 1년이 되기 전의 연차휴가는 총 ‘11일’이 부여된다(동조 제2항). 그렇다면 1년 계약직 근로자가 연차휴가를 전혀 사용하지 않고 1년의 근로를 마치고 퇴직한 경우에, 이 근로자가 청구할 수 있는 미사용연차휴가수당(이하, 연차수당)이 며칠분인지가 문제 되는데, 이에 대해 ‘26일설’과 ‘11일설’의 대립이 있다.

고용노동부(이하, 노동부)는 일관되게 26일설을 취해 온 반면 대법원은 11일설을 취하였다. 즉, 1년 계약직 근로자에게는 근로기준법(이하, 근기법) 제60조 제2항에 따른 연차수당(11일분)만 발생할 뿐 동조 제1항에 따른 연차수당(15일분)은 발생하지 않는다는 것이다. 실무상 적잖은 파장이 될 쟁점이라 향후 대법원이 어떤 판단을 할지 주목된다.

원고는 의정부시에서 노인요양복지시설을 운영하고 있고, 피고(근로자)는

이 시설에서 2017년 8월 1일부터 2018년 7월 31일까지 1년간 요양보호사로 근무하였다. 원고는 노동부 설명자료<sup>1)</sup>와 중부지방고용노동청 의정부지청의 지시에 따라 피고에게 총 26일분의 연차휴가와 연차수당을 주었다가, 이후 11일설을 주장하며 초과 지급된 연차수당의 반환을 피고와 대한민국에 청구하였다.<sup>2)</sup> 대상판결은 11일설에 따라 ‘피고는 원고에게 부당이득금 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다’고 판시하였다(대한민국에 대한 손해배상 청구는 기각되었다).

사안의 쟁점은, 근기법 제60조 제1항의 15일의 연차휴가(그리고 근속연수에 따른 동조 제4항의 가산휴가)에 관한 권리를 취득한 후, ‘1년이 지나기 전에 퇴직하는 경우’에 청구할 수 있는 연차수당의 범위이다. 이는 근기법의 연차휴가제도가, 제1항 등에서는 연차휴가권의 ‘발생요건’을 규정하고, 제7항에서는 연차휴가의 ‘사용기간’(1년간)을 규정한 것에서 비롯된다.<sup>3)</sup> 즉, 전년도(예컨대, 2020년)의 출근율에 따라 발생하는 연차휴가권을 당해 연도(예컨대, 2021년)에 사용하는 방식이다. 아무튼 본 쟁점에 대해 ‘노동부 행정해석’과 ‘대법원 판례’ 간의 오랜 논쟁이 있었다. 주요 장면을 시간순으로 살펴본다.

(논의의 편의를 위해 몇 가지 전제를 한다. 연차휴가 산정의 기산일은 1월 1일로 하며, 1월 1일은 휴일이 아니라고 전제한다.<sup>4)</sup> 그리고 ‘퇴직일’은 마지막 근로일의 다음 날로 한다.<sup>5)</sup>)

- 1) 고용노동부(2018. 5.), 「연차휴가 보장 확대 관련 개정 근로기준법 설명자료」.
- 2) 원고는 “피고 대한민국은 불법행위에 기한 손해배상으로서, 피고는 부당이득반환으로서, 연대하여 원고에게 717,150원 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.”고 주장하였다.
- 3) 연차휴가권 취득 후, ‘1년 이내에 연차휴가를 사용하지 않은 경우’에는 이미 1년의 사용기간이 지났으므로, 미사용 휴가일수를 확정하는 데 아무런 장애가 없으므로 그 일수만큼 연차수당을 지급하면 되므로, 특별한 쟁점이 되지 않는다.
- 4) 2018년 근로시간 관련 근기법 개정으로, 1월 1일과 같은 ‘관공서 공휴일’은 근기법상 법정 휴일이 되었고, 사업 규모에 따라 단계적으로 시행되고 있다.
- 5) 고용노동부(2021. 4. 14.), 「만 1년 근로자의 연차휴가에 대한 검토」, p.8도 “퇴직일이라는 근로관계가 종료되는 날을 의미하는바, 기간제근로자의 경우 마지막 근로일이 아닌 그 다음 날이 퇴직일이 됨”이라고 설명한다.

## 2. 행정 해석과 판례의 오랜 논쟁

(1) 2000년 노동부 지침<sup>6)</sup>부터 본다. 예를 들어, 근로자가 1월 5일에 퇴직한 경우 청구 가능한 연차수당은 며칠분인지에 대해, 동 지침은 “휴가 사용이 가능했던 근로일수”에 대해서만 연차수당을 지급하면 된다고 하므로, 4일분(1월 1일~4일이 모두 근로일인 경우)의 연차수당을 지급하면 된다.

(2) 2005년 대법원 판결<sup>7)</sup>은 위 지침과 다른 판단을 한다. 이 사건은 약 35년 근무하고 퇴직한 근로자가, 퇴직 전년도 출근율 등에 따라 발생한 연차휴가는 34일인데 퇴직연도의 근로일수(실제 근무 가능한 영업일수)는 30일인 경우, 청구 가능한 연차수당의 범위가 문제 되었다. 1심은 ‘휴가 사용이 가능했던 근로일수’인 30일분의 연차수당을 청구할 수 있다<sup>8)</sup>고 본 반면, 2심과 대법원은 퇴직 연도의 근로일수와 상관없이 34일분 전체의 연차수당을 청구할 수 있다고 판단하였다. 즉, 2005년 대법원 판결은 “근로자는 근로관계 종료 시까지 사용하지 못한 연차휴가일수 전부에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 청구할 수 있는 것이다.”(밑줄은 필자가 강조)라는 법리를 제시하였다.

(3) 2006년 노동부 지침<sup>9)</sup>은 위 대법원 판결에 따라 기존의 입장을 변경한다. 동 지침은 “판례는 퇴직 시 휴가를 사용할 수 있는 기간이 없었다 하더라도 유급으로 인정되는 연차휴가수당은 이와 상관없이 그대로 지급해야 한다고 보는 반면, 행정해석은 사용할 수 있는 기간이 없는 경우 이를 지급할 필요가 없다고 보아 왔는데, 이를 판례와 동일하게 변경”한다고 설명한다. 동 지침이 제시한 예시에 따르면, 2005년 1월 1일 입사하여 2006년 1월 1일에 퇴직하는 경우(즉, 만 1년 근무), 휴가 사용이 가능했던 근로일수가 전혀 없더라도 15일분의 연차수당 전부를 청구할 수 있다.

2005년 대법원 판결을 기준으로 했을 때, 노동부의 지침은 2000년의 ‘변경 전 지침’과 2006년의 ‘변경 후 지침’으로 대비된다.

6) 고용노동부(2000. 3. 10.), 「연차유급휴가청구권·수당·근로수당과 관련된 지침」, 근기 68201-695.

7) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다48549,48556 판결.

8) 2000년 노동부 지침과 같은 입장이다.

9) 고용노동부(2006. 9. 21.), 「연차유급휴가청구권·수당·미사용수당과 관련된 지침」, 임금근로시간정책팀-2820.



(4) 2018년 5월의 노동부의 연차휴가 설명자료<sup>10)</sup>는, 근기법 제60조 제3항을 삭제<sup>11)</sup>하는 2017년 11월 28일 법 개정 이후에 내놓은 것이다. 이 설명자료는, 개정법 시행 이후 1년 기간제근로자의 계약기간이 만료되는 경우에는 최대 26일분(제60조 제1항에 따른 15일+ 제2항에 따른 최대 11일)의 미사용 연차수당을 지급하여야 한다고 한다.

이 설명자료에서 노동부는 1년 계약직 근로자의 연차수당에 대하여 ‘26일설’의 입장을 명확히 하였다(이러한 노동부의 입장은 지금도 유지되고 있다). 노동부와 법원(대상판결)의 대립이 진행 중인데, 역설적이게도 노동부의 26일설의 이론적 근거는 2005년 대법원 판결이다.

(5) 2018년 6월의 대법원 판결<sup>12)</sup>은 다시 한번 크게 판을 흔들 만하다. 2005년 대법원 판결이 노동부 지침을 변경시킨 것에 비견될 수 있다. 2018년 대법원 판결은, ‘만 61세가 되는 해의 말일(12. 31.)’을 정년퇴직일로 정한 경우에 정년이 되는 해에 출근율을 충족하여 발생한 연차휴가에 대한 수당을 청구할 수 있는지에 대하여, 만 61세가 되는 12월 31일에 정년에 도달하여 근로관계가 종료하였으므로 그 연차휴가에 대한 수당을 청구할 수 없다고 판단하였다.

노동부는 이 판결에 대해, 퇴직일이 12월 31일이므로(즉, 12월 30일까지만 근로했으므로) 연차수당을 청구할 수 없다고 해석하여, 이 판결이 자신의 입장과 배치되지 않는다고 보고 있다.<sup>13)</sup> 그러나 이러한 해석에는 동의하기 어려운 부분이 있다. 또한 2018년 대법원 판결에 대해서는 여전히 서로 다른 해석이 있는 듯하며, 노동부가 외면하고 있는 것은 2018년 판결이 제시한 ‘법리’이다. “연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다.”는 법리이다(밑줄은 필자가 강조).

대법원 판결의 미묘한(?) 법리 변화는 2017년 대법원 판결<sup>14)</sup>부터 시작됐

10) 고용노동부(2018. 5.), 「연차휴가 보장 확대 관련 개정 근로기준법 설명자료」.

11) 이로써 제60조 제2항의 11일의 연차휴가에 더해 제60조 제1항의 15일의 연차휴가가 온전히 발생하게 되었다. 따라서 1년간의 근로를 마친 근로자에게는 최대 26일의 연차휴가권이 발생한다.

12) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2016다48297 판결.

13) 고용노동부(2021. 4. 14.), 「만 1년 근로자의 연차휴가에 대한 검토」, pp.7-8.

14) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2014다232296,232302 판결.

다. 2017년 판결은 “연차휴가에 관한 권리”(이하, 휴가권), “연차휴가를 사용할 권리”(이하, 휴가사용권) 혹은 “연차휴가수당 청구권”(이하, 휴가수당권)으로 세분화하여 용어를 사용한다. 그리고 이 3개의 권리는 다시 「휴가권」과 「휴가사용권 혹은 휴가수당권」으로, 즉 2개로 구분된다. 휴가권은 근기법 제60조 제1항에 따라 출근율을 충족하면 발생하는 권리이며, 휴가사용권 혹은 휴가수당권은 제60조 제7항의 휴가 사용기간(1년)에 대응하는 권리이다.

2017년 판결부터 제60조 제7항과 관련되는 휴가사용권과 휴가수당권을 일체로 파악하기 시작했다. 이 점이 2005년 판결과의 중요한 차이이다. 위에서 보았던 2005년 판결은 휴가사용권과 휴가수당권을 분리해서 파악했다. 즉, “근로관계의 존속을 전제로 하는 연차휴가를 사용할 권리는 소멸한다 할지라도 근로관계의 존속을 전제로 하지 않는 연차휴가수당을 청구할 권리는 그대로 존속하는 것”이라고 한다. 그 결과 휴가 ‘사용’이 가능했던 근로일수와 상관없이 연차휴가‘수당’ 전부를 청구할 수 있다고 한 것이다.

휴가사용권과 휴가수당권을 일체로 파악하기 시작한 2017년 판결 법리의 미묘한 변화는, 2018년 판결에서 명확해졌다. 2018년 판결은 “① 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, ② 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다.”(번호는 필자가 표시)는 법리를 제시했다. 즉, ① 휴가사용권은 1년 근로를 마친 ‘다음 날’ 발생하므로, ② 그 전에 근로관계가 종료되면 휴가사용권은 물론 휴가수당권도 없다는 것이다.

2018년 판결 법리의 핵심은 전년도 1년간의 근로를 마친 “다음 날”까지 근로를 해야 연차수당을 청구할 수 있다는 것이다. 1년간의 근로를 마친 날(12. 31.)까지만 근로를 한 경우에는 연차수당을 청구할 수 없다. 그렇다면 정년퇴직자 사건에서 제시된 2018년 판결의 법리가 1년 계약직에게도 적용되는가?

(6) 2021년 4월 6일에 선고된 ‘대상판결’은, 2018년 판결의 법리를 그대로 적용하여, 근로기간이 1년인 계약직 근로자에게는 제60조 제1항의 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 휴가수당을 청구할 수 없다고 판단하였다. 1년간의 근로를 마친 ‘다음 날’이 되기 전에 근로관계가 종료되었기 때문이다.

한편 대상판결의 원심<sup>15)</sup>이 26일설을 취한 것은 흥미롭다. 원심 판결은, 2018년 대법원 판결은 상용직 근로자가 정년퇴직하는 경우에 정년이 되는 해의 연차휴가에 관한 사안으로서 기간제근로자의 사건에 그대로 적용되기 어렵다고 보았다.

(7) 2021년 4월 14일, 노동부는 ‘만 1년 근로자의 연차휴가에 대한 검토’라는 제목으로 10페이지 분량의 자료를 내놓았다. 대상판결을 의식하고 내놓은 자료인지는 모르겠으나, 노동부는 자세한 설명과 함께 기존의 26일설을 고수하고 있다.

### 3. 수당이 아닌 휴식으로서의 연차휴가

이제 공은 대상판결의 상고심을 진행할 대법원으로 넘어 갔다.<sup>16)</sup> “휴가 사용이 가능했던 근로일수”만큼만 연차수당을 지급하면 된다는 2000년 노동부 지침이 합리적일 수 있으나, 이 지침은 이미 2005년 대법원 판결에 의해 폐지되었기 때문에 대법원이 이 입장을 취하기는 쉽지 않다. 대법원의 선택지는 이미 하급심 판결이 보여 줬다. 대상판결처럼 2018년 판결의 법리를 그대로 적용할 것인지 아니면 대상판결의 원심처럼 2018년 판결의 법리를 배척할 것인지이다(제3의 선택지는 아직 떠오르지 않는다). 애초부터 “1년간의 근로를 마친 다음 날”이 존재하지 않는 기간제근로자와 2018년 판결의 법리는 무관하다는 주장도 설득력은 있다.

그러나 잊지 말아야 할 것은, 연차휴가제도의 본질은 금전보상(수당)이 아닌 휴식이라는 점이다. 현행법상 매년 사용 가능한 연차휴가일수는 아래의 표와 같은데, 만 1년 근무한 근로자에게 총 11일의 연차휴가(미사용 시 연차수당)를 주는 것이 그다지 불합리하지는 않다. 휴식의 관점에서 보면 말이다.

1년 차	2년 차	3년 차	4년 차	5년 차	6년 차	……	22년 차
11일	15일	15일	16일	16일	17일	……	25일

15) 서울북부지방법원 2020. 10. 14. 선고 2020가소444237 판결.

16) 사건번호: 대법원 2021다227100

한편 11일설에 따르면, 365일 근무한 자는 11일의, 366일 근무한 자는 26일의 연차수당이 발생하므로 매우 불합리하다고 지적할 수 있으나, 괜한 걱정이 아니다. 연속 근무를 전제하는 상용직 근로자 중에 366일 근무하고 퇴직하는 것은 이례적 상황이다. 이례적 상황을 들어 큰 불합리를 설파할 필요는 없다. 대상판결 사안처럼 1년 또는 2년의 기간을 정한 기간제근로자의 연차휴가에 대해서만 고민하면 충분하다.

#### 4. 첩언 : 출근을 요건의 삭제

11일설과 26일설의 대립의 근원은 법제도이다. 제60조에 ‘제1항 등의 연차휴가 발생 요건’과 ‘제7항의 연차휴가 사용기간’의 이원적 구조 때문이다. 이것을 일원화하여 위의 표처럼 매년 사용할 수 있는 연차휴가일수만 규정하면 충분하다. 일원화의 좋은 방법은 출근을 요건의 삭제이다. 2002년 ○○카드사의 광고 카피인 “열심히 일한 당신 떠나라” 식의 연차휴가제도는 이제 떠날 때가 됐다. 출근을 요건 삭제의 이유는 다음과 같다.

첫째, 출근율 80% 충족은, 약 2.5개월 이상의 정직처분이나 불법파업인 경우를 제외하고, 전혀 어렵지 않은 요건이다. 1년에 2.5개월 이상 결근하는 근로자를 보기는 어렵다. 2003년 개정 근기법(이른바 40시간제 개정법)부터 규정된 80%의 출근율은 현실적 의미가 없다.

둘째, 부당해고 기간이나 업무상 재해로 휴업한 기간은 출근으로 간주된다. 그러다 보니 부당해고 기간이 약 3년인 근로자<sup>17)</sup>나 업무상 재해로 약 12년간 휴업한 근로자<sup>18)</sup>에게도 매년 연차휴가권이 발생한다. 휴가가 필요 없는 상황에서도 연차휴가권이 발생하는 비상식적인 상황은 출근을 요건 때문이다.

셋째, 출근을 충족 시 ‘1년간의 근로를 마친 날’에 휴가권이 발생하고, ‘그 다음 날’부터 휴가사용권 혹은 휴가수당권이 발생함으로 인해 발생하는 번잡한 문제를 해결할 수 있다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

17) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다95519 판결.

18) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2014다232296, 232302 판결.

## 직장 내 괴롭힘 피해자에 대한 사용자의 불리한 처우 해석

- 청주지방법원 충주지원 2021. 4. 6. 선고 2020고단245 판결 -

### 【판결요지】

근로기준법 제76조의3 제3항에서 사용자의 사전 임시조치 시 ‘피해근로자의 의사’에 반하는 조치를 금지한 점, 제4항에서 직장 내 괴롭힘이 인정된 후 사용자는 ‘피해근로자가 요청하는 경우’에 근무장소 변경, 배치전환 등으로 조치할 수 있는 점, 제5항에서 행위자(가해자)에 대한 징계 시 ‘피해근로자의 의견’을 들어야 하는 점 등에 비추어 보면, (제76조의3 제6항의) 불리한 처우인지를 판단함에 있어 피해근로자의 주관적 의사를 가장 중요한 요소로 고려하여야 한다고 봄이 타당하다.

피고인은 A 주식회사의 대표이사이며, A 주식회사는 B 병원 구내식당 등을 위탁 운영하며 상시 근로자 약 30명을 사용하는 사업주이다. 피고인은 위 회사의 근로자 C가 직장 상사인 D로부터 직장 내 괴롭힘을 당했다는 사실을 신고받았다. 괴롭힘 내용은 D가 신고식 명목으로 회식비 지급을 강요하고, 업무 편성 권한을 남용하여 자신에게 밍보인 직원들은 수당을 적게 받게 하며, 업무 과정에서 욕설과 폭언을 일삼았다는 것이다. 그리고 내부고발자를 찾겠다고 통화내역서 제출을 강요하였다.

이에 대해 위 회사는 인사위원회를 열어 D를 징계하였으나, 직장 내 괴롭힘을 인정한 것이 아니라 ‘부하 직원들에게 업무상 지시를 함에 있어 오해 소지가 있었다면 언행 주의’의 취지로 견책에 불과한 징계 결정을 내렸다.

그러나 피해자 C에게는 D의 폭언을 들어 직장에 출근하지 않은 것을 이유로 해고 처분을 하였다가 곧 인사위원회를 열어 C의 무단결근을 무급 휴가 처리하고 복직시킨 후 C와 협의도 없이 거리가 멀리 떨어진 다른 소재의 구내식당으로 근무지를 변경하는 전보 명령을 내렸다. 전보 근무지는 C의 주거지까지 거리가 매우 멀어 첫 버스를 타더라도 출근 시간에 도착할 수 없어 사실상 대중교통으로 인한 출근이 불가능하고, C의 가족이 간병이 필



요한 상황임에도 출퇴근이 어려워 강제로 기숙사 생활을 해야 하는 곳이었다. 이에 C는 전보 명령에 불응하여 지방노동위원회에 부당전보구제신청을 하였고 지방노동위원회는 이를 받아들였다.

검사는 위 회사의 대표이사인 피고인을 「근로기준법」 제76조의3 제6항 “사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에 게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.”는 규정을 위반하여 동법 제109조(벌칙)에 따라 기소하였다.

2019. 1. 15. 「근로기준법」 제76조의2가 제정되어 직장 내 괴롭힘이 금지되고 제76조의3에서 사용자의 각종 의무를 규정하고 있지만, 그 실효성에 대해서는 많은 의문이 제기되고 있다. 그중 하나의 제76조의2와 제76조의3에 대한 형사처벌 규정의 필요성인데, 현행 법률은 제76조의3 제6항을 위반하였을 때만 동법 제109조에 따라 3년 이하의 징역, 3천만 원 이하의 벌금에 처하고 있다.

위 판결에서의 쟁점은 제76조의3 제6항은 ‘불리한 처우’ 위반으로 사용자를 처벌할 때 불리함의 판단에 있어 회사의 객관적 사정과 피해근로자의 주관적 의사가 충돌할 경우 무엇을 우선시할 것인가이다.

먼저 객관적 사정인 사실관계를 보면, 전보 명령을 내린 근무지는 피해근로자 C의 주거지로부터 멀리 떨어져 있지만, 기숙사로 아파트를 제공하고, 전 구내식당은 조리원 1인당 많은 식사 인원(336명)을 담당하여야 했으나, 전보된 구내식당은 그것보다 훨씬 적은 인원(60명)을 담당하면 되었다. 그리고 영양사 또한 전 구내식당은 B 병원 소속이었지만, 전보된 구내식당은 피고인 회사 소속이어서 종합적으로 보면 전보된 구내식당이 노동강도나 의사소통이 더 낮고 시설 역시 전 구내식당보다 더 쾌적하였다.

본 판결의 법원 역시 객관적으로는 전보된 구내식당이 근무환경이 더 낫다는 것을 인정하였다. 그러나 본 법원은 “근로기준법 제76조의3 제3항에서 사용자의 사전 임시조치 시 ‘피해근로자의 의사’에 반하는 조치를 금지한 점, 제4항에서 직장 내 괴롭힘이 인정된 후 사용자는 ‘피해근로자가 요청하는 경우’에 근무장소 변경, 배치전환 등으로 조치할 수 있는 점, 제5항에서 행위자(가해자)에 대한 징계 시 ‘피해근로자의 의견’을 들어야 하는 점 등에 비추어 보면, (제76조의3 제6항의) 불리한 처우인지를 판단함에 있어 피해근로자의 주관적 의사를 가장 중요한 요소로 고려하여야 한다고 봄이 타당하

다(두 번째 괄호는 글쓴이가 첨가한 것임).”고 판시하였다.

또한 덧붙여 “근로기준법 제76조의3 제5항은 직장 내 괴롭힘 사실이 확인된 경우에 한하여 피해근로자의 요청에 따라 사용자에게 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 사후 조치를 하도록 규정하므로, 이 사건과 같이 인사위원회에서 직장 내 괴롭힘 사실을 인정하지 않은 경우에는 사용자에게 위와 같은 사후 조치의무를 인정할 여지가 없다.”는 원칙을 실시한다. 그러나 이 경우에도 “이 사건과 같이 부실한 사실확인 조사로 직장 내 괴롭힘을 인정하지 않은 경우라면, 그 사후 조치가 피해근로자에게 불리한 처우인지 판단함에 있어 피해근로자의 주관적 의사를 마땅히 고려함이 타당하다.”고 판시한다.

따라서 피고인의 전보명령은 불리한 처분에 해당한다는 것이다.

이 판결은 두 가지에서 의미가 있다. 먼저 쟁점에서 법원이 밝힌 대로 제76조의3 제6항의 사용자가 내린 불리한 조치를 판단함에 있어 회사의 객관적 사정과 근로자의 주관적 의사가 충돌할 경우 어느 쪽의 관점에서 판단하여야 하는가이다.

법원이 판시한 바와 같이 「근로기준법」 제76조의3은 직장 내 괴롭힘 발생 시 제2항에서 제6항까지 사용자의 조치 의무를 규정하고 있다. 그중 제3항은 ‘피해근로자의 의사’에 반해서는 안 될 것, 제4항은 ‘근로자의 요청이 있으면’이라고 해서 근로자의 의사를 존중해야 한다는 것, 제5항은 ‘피해근로자의 의견’을 들을 것을 규정하고 있다. 그 이유는 사용자의 조치 의무는 제2차 가해를 막고 피해근로자의 피해를 회복하기 위한 것으로 무엇보다 피해근로자의 관점에서 사태를 해결하여야 한다는 것이다. 피해근로자가 원하지 않는데 사용자의 독단으로 판단한다면 그것이 객관적으로 더 합리적이라도 피해근로자가 원하는 진정한 회복과는 거리가 먼 것으로 제76조의3이 입법된 취지와는 맞지 않는다.

두 번째는 제76조의3 제6항의 ‘불리한 처우’에 있어서 사용자의 보복 의사는 필요 없다는 것이다. 사용자는 불리한 처우를 한다는 행위를 객관적으로 인식하면 고의가 인정되어 범죄는 성립한다. 사실관계에서 사용자가 피해근로자를 다른 구내식당으로 전보한 이유는 그곳에 객관적으로 인원이 부족하였기 때문이었다. 따라서 사용자로서는 전보의 필요성이 있었고 불리한 처우를 하겠다는 보복 의사는 없었다. 하지만 법원은 사용자의 이러한 보복의



목적이 없어도 근로자의 주관적 입장에서 불리한 처우가 인정되면 제76조의 3 제6항의 성립을 인정한다는 것이다.

만일 법원이 제76조의3 제6항을 해석할 때 사용자의 보복 의사도 주관적 구성요건으로 인정하여 필요하다고 판단한다면, 피해근로자는 사용자의 처분이 자신에게 불리하다는 것뿐만 아니라 보복 의사도 밝혀야 하는 이중고를 겪게 된다. 사실 사용자의 보복 의사를 확인하는 것은 매우 어렵다. 이번 사건처럼 사용자에게 경영상의 필요성이 객관적으로 인정되면 그것이 보복이라는 것을 인정받기 힘들기 때문이다. 앞서 말한 것처럼 제76조의3의 입법 목적은 피해근로자의 회복이며 신고 등의 행위로 불이익을 받지 않아야 한다는 것이다. 그런 취지에서 사용자의 보복 의사는 불필요하고 법원은 이를 정확하게 집어내었다.

보충적으로 본 판결은 양형에서도 의미 있는 판시를 하였다. 당초 피고인에게는 구약식으로 벌금 200만 원이 청구되었는데 법원은 이를 넘어 징역 6개월에 집행유예 2년, 그리고 보호관찰과 120시간의 사회봉사라는 사용자의 기대(?)와는 다른 상대적으로 중한 판결이 내려졌다. 그 이유로 법원은 사용자의 근로자에 대한 안전배려의무는 유형적·물리적 위험뿐만 아니라 무형적·정신적 위험까지도 포함한다는 것을 밝히고, 피고인의 법정 태도와 진술을 보건대 근로자에 대한 낮은 수준의 인식은 언제든지 다른 피해자를 방치하고 가해자를 용인할 수 있다는 것이다. 그럼으로 피고인에게 징역형을 내리지만, 직장 내 괴롭힘 규정이 막 신설되었고 소규모 기업을 운영하는 피고인으로서 대처에 미숙한 점이 있다는 점을 감안하여 형을 집행유예하였다. 그리고 재범 예방을 위해 특별준수사항을 담아 보호관찰을 부과하였다. 뜻깊은 구문은 다음과 같다. “피고인으로 하여금 피사용인의 위치에서 노동의 의미를 일깨우기 위하여 사회봉사를 부과한다.”

본 판결은 제76조의3 제6항을 해석하는데 시금석이 될 수 있는 법리적 판단을 하였을 뿐만 아니라 양형에서도 사용자에게 경각심을 불러일으켰다는 점에서 앞으로 표본이 될 수 있는 것으로 판단한다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)



## 축산업에 대하여 근로기준법상 근로시간, 휴일 조항의 적용을 제외하는 근로기준법 제63조 제2호가 근로의 권리 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

- 헌법재판소 2021. 8. 31. 선고 2018헌마563 결정 -

### 【결정요지】

#### (1) 헌법불합치이견(5인)

근로의 권리 침해 여부 : 축산업 근로자들에게 육체적·정신적 휴식을 보장하고 장시간 노동에 대한 경제적 보상을 해야 할 필요성이 요청됨에도 불구하고 근로기준법 제63조 제2호가 축산 사업에 대해 근로기준법상 근로시간, 휴일 조항을 적용제외하고 있어서 축산업 근로자들의 근로환경 개선과 산업의 발전을 저해하고 있기 때문에 이 조항은 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건 마련에 미흡하여 청구인의 근로의 권리를 침해한다.

평등권 침해 여부: 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화 등으로 인해 일반 근로자와의 차별이 불합리해진 상황을 고려하지 않고, 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법 규정의 적용대상에서 축산업에 종사하는 근로자들을 제외함으로써, 근로시간 및 휴식시간의 불규칙성을 수반하는 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적인 이유 없이 축산업에 종사하는 근로자들을 차별하고 있으므로, 청구인의 평등권을 침해한다.

#### (2) 기각의견(1인)

근로의 권리 침해 여부: 축산업은 가축의 양육 및 출하에 있어 기후 및 계절의 영향을 강하게 받으므로, 근로시간 및 근로내용에 있어 일관성을 담보하기 어렵고, 축산업에 종사하는 근로자의 경우에도 휴가에 관한 규정은 여전히 적용되며, 현재 우리나라 축산업의 상황을 고려할 때, 축산업 근로자들에게 근로기준법을 전면적으로 적용할 경우, 인건비 상승으로 인한 경제적 부작용이 초래될 위험이 있다는 점 등을 종합하여 볼 때, 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한

의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어려우므로 청구인의 근로의 권리를 침해하지 않는다.

평등권 침해 여부 : 근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 조항이 전제하고 있는 공장직 또는 사무직 근로자의 경우와 달리, 축산업 근로자의 경우 계절과 기후의 영향을 크게 받는다는 특성이 뚜렷한 점, 일본, 유럽연합, 스위스 등 많은 국가들과 국제노동기구(ILO)에서도 축산업 근로자에 대하여는 근로시간 및 휴일에 관한 법령의 전면적 또는 부분적 적용제외를 인정하고 있는 점에서 볼 때, ‘사업’을 기준으로 축산업 근로자를 근로기준법상 근로시간 및 휴일 조항의 적용을 받는 근로자와 달리 취급하는 것의 합리성을 인정할 수 있으므로 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

### (3) 각하의견(3)

청구인의 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항에서 정한 청구기간을 초과하여 제기한 것으로서 부적법하므로, 이를 각하해야 한다.

「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제63조는 제4장과 제5장에서 정하고 있는 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정이 적용되지 않는 근로자를 정하고 있는데, 제1호에서는 농림사업에 종사하는 근로자를, 제2호에는 축산·양식·양잠·수산업에 종사하는 근로자를, 제3호는 감시·단속적 근로에 종사하는 근로자를, 제4호는 관리·감독 업무 또는 기밀을 취급하는 업무에 종사하는 근로자를 각각 규정하고 있다. 이 사건 결정은 근로기준법 제63조 제2호의 축산업 종사 근로자를 대상으로 하고 있지만, 근로기준법 제63조의 적용제외에 관한 위헌성 여부에 관해서 처음으로 본안 판단을 하고 있다는 점<sup>1)</sup>을 넘어서 위헌 의견인 헌법불합치의견이 5인에 이른다는 점에서 큰 의미가 있다. 특히 헌법소원의 청구기간을 초과<sup>2)</sup>하였다는 이유로 각하하고 본안에 관

- 1) 종래 근로기준법 제63조의 적용제외가 근로의 권리 등의 기본권을 침해하였는지 여부를 판단한 결정을 헌법재판소의 판례 검색 시스템에서 찾아보면 총 6건이 검색된다. 이들 6건은 모두 동일인이 동일한 사안에서의 근로의 권리 침해를 이유로 한 것으로서 헌재 2012. 11. 27. 2012헌마891 결정으로 각하된 이래 재심을 포함하여 5건의 헌법소원을 추가로 신청하였다. 이 사건들의 신청인은 근로기준법 제63조 제3호의 감시·단속적 근로자인데, 헌법소원심판의 청구기간 초과로 각하되었다.
- 2) 헌법재판소법 제69조 제1항에서는 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이

해서는 아무런 판단을 하지 않은 의견이 3인이 있다는 점을 고려할 때 향후 청구기간을 준수하여 헌법소원을 제기하는 경우에는 각하의견을 제시하였던 재판관들 중에 본안 판단에 있어서 위헌 취지의 의견을 제출할 수 있다는 점<sup>34)</sup>에서 향후 근로기준법 제63조에 관한 헌법소원 결정의 결과에 주목하지 않을 수 없다. 이 사건 결정에서는 근로기준법 제63조 제2호가 청구인의 근로의 권리와 평등권의 침해 여부가 다투어졌다. 헌법불합치의견은 근로의 권리와 평등권 침해 모두를 인정하였고, 기각의견은 두 기본권 침해 모두를 부정하였는데, 각각의 기본권 침해 여부의 판단에 있어서 결론을 달리한 이유에 대해서 살펴본다.

먼저, 근로의 권리 침해 여부에 대해서 보면 기각의견과 헌법불합치의견에 있어서 결론을 달리한 가장 큰 이유는 근로의 권리 침해 여부를 판단하

내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다고 하고 있다. 청구기간의 도과에 대해서 헌법불합치의견과 기각의견은 청구인은 2017. 8. 25. 무렵 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였고, 그로부터 1년이 경과하기 전인 2018. 1. 29. 국선대리인 선임신청을 하였으므로, ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’로부터 1년의 청구기간을 준수하였으며, 또한, 청구인은 2017. 11. 14.경 근로기준법 제63조로 인하여 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 알았다고 할 것이므로 그때로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다고 하고 있다(2017. 11. 14.은 청구인이 근로감독관으로부터 근로기준법 제63조로 인하여 가산임금 지급을 청구할 수 없다는 사실을 들은 날이다). 이에 대해서 각하의견은 청구인은 근로시간에 관한 근로조건에 관하여는 근무시작일인 2017. 8. 25.에, 주휴일에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작 후 1주일이 지난 2017. 9. 1.에, 가산임금에 관한 근로조건에 관하여는 정식직원으로서 첫 임금을 수령한 2017. 10. 10.에 심판대상조항에 의한 기본권침해를 알았다고 보아야 할 것인데, 그로부터 90일이 경과하였음이 역수상 명백한 2018. 1. 29. 이 사건 심판청구를 위한 국선대리인 선임신청을 하였기 때문에 청구기간을 준수하지 못하였다고 판단하고 있다. 청구기간의 준수 여부에 대해서는 다수의견은 법령의 시행 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 관하여 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우 권리구제 및 헌법소원의 유지라는 헌법소원의 기능에 비추어 가능한 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다(헌재 2012. 6. 27. 2010헌마716 참조)고 하고 있지만, 각하의견은 제출된 모든 자료와 정황을 종합하여 건진한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 판단하여야 할 것이라고 하고 있다.

- 3) 동일한 법조항에 대해서 재판관이 의견을 변경하여 위헌으로 결정된 사례는 극히 드물지만, 통근재해에 관한 헌법재판이 대표적이다. 헌재 2013. 9. 26. 2012헌가16 결정에서는 5인 헌법불합치의견 4인 합헌의견이었는데, 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254 결정에서는 6인 헌법불합치의견 3인 반대의견이었다. 2012헌가16 결정에서 안창호 재판관은 합헌의견이었지만, 3년 뒤 2014헌바254 결정에서는 헌법불합치로 의견을 바꾸었다.
- 4) 이 사건 결정에서 각하 의견을 낸 3인의 재판관들은 이은애(2023. 3. 28. 임기 만료). 이선애(2024. 9. 20. 임기 만료), 이종석(2024. 10. 17. 임기만료) 재판관이다.



는 잣대, 즉 심사의 기준의 차이가 다르다는 점을 들 수 있다. 물론 두 의견 사이에는 세부적인 논거와 그에 기반한 평가의 차이는 확연하지만, 입법자가 제정한 법률의 위헌 여부를 판단하는 헌법재판소의 입장에서는 입법자의 재량의 범위를 어느 정도로 인정할 것인가가 매우 중요하다. 입법자의 재량 범위를 넓게 볼 것인지, 좁게 볼 것인지가 바로 판단의 잣대, 즉 심사기준인 것이다. 기각의견은 “인간의 존엄에 상응하는 근로조건이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 일차적으로 입법자의 형성의 자유에 속한다고 할 것이므로, 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부는 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하고 있는지 여부에 달려 있다.”고 하고 있다. 이러한 태도를 취하게 되면 위헌성 여부를 판단 대상인 법률조항의 입법에 합리적인 이유가 존재한다면 대체로 합헌의 결론으로 자연스럽게 유도된다. 대체로 법률 조항은 그 입법에 있어서 나름의 합리적인 이유가 있다는 점에서 이러한 태도를 취하는 상황에서는 위헌으로 결론이 내려지기 극히 어렵다. 근로기준법 제63조 제2호의 입법 이유는 축산업 등의 1차산업이 가지는 특수한 환경으로 인하여 근로시간 규제 등을 일률적으로 적용하기 어렵다는 것인데 이것이 “현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈”하였다고 판단하기는 매우 어려울 것이다. 이에 대해서 헌법불합치의견은 “근로시간 제한, 휴일, 가산임금제도의 적용대상을 결정하는 것은 입법정책에 관한 문제로 입법자의 입법형성권이 인정”되지만 “동시에 근로의 권리를 보호할 의무가 있는 입법자는 사용자와 근로자 사이의 이익의 조화와 균형을 추구하는 과정에서도 취약한 상황에 놓인 근로자들의 인간의 존엄성을 보장하기 위한 근로조건을 마련할 의무가 있다.”고 하는 태도를 취하고 있다. 물론 헌법불합치의견도 근로기준법 제63조 제2호가 “인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건도 규정하지 않은 것이므로 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것으로서 청구인의 근로의 권리를 침해한다.”고 하고 있는 점에서는 입법자의 입법재량을 상당히 넓게 인정하고 있는 듯하지만, 적어도 기각의견처럼 명확히 입법자의 광범위한 재량을 인정하는 것을 대전제로 하면서 합헌성을 논증하지는 않는다. 특히 헌법불합치의견처럼 국가가 근로의 권리를 보장하기 위해서 어떠한 의무를 이행하였는지를 잣대로 평가하게 되면 기각의견보다는 보다 구체적인 상황과 현실을 살피면서 근로의 권리 침해 여부를 검토할

수 있게 된다.

다음으로, 평등권의 침해 여부에 대해서 본다. 평등권 침해 여부에 관한 헌법재판소의 위헌 심사에서 가장 먼저 등장하는 쟁점은 평등권 침해 여부를 심사하는 기준(또는 척도)이 무엇인지이다. 헌법재판소는 평등권 침해 여부를 심사기준에 관해서 종래 엄격한 심사와 완화된 심사를 구분하여 적용하고 있다. 엄격한 심사기준에 비하여 완화된 심사를 적용하는 경우에는 위헌 판단이 내려질 가능성이 매우 낮아진다. 이는 완화된 심사 기준의 내용이 입법자의 광범위한 재량을 허용하고 있기 때문이다. 이 원칙에 의한 심사는 차별 취급하는 것을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 있는지를 판단하는 심사이다. 즉, 합리적인 이유만 있다면 평등권의 침해(또는 평등원칙의 위배)는 없다고 판단되는 것이다. 이 사건 결정의 기각의견도 이와 같은 전형적인 판단구조를 취하고 있다. 먼저 심사기준으로서 “특정 산업에 대하여 근로기준법의 적용을 배제할 것인지 여부는 해당 산업의 특성, 근로실태, 근로자보호의 필요성 및 사용자의 법 준수능력뿐만 아니라 근로기준법을 적용하는 경우 관련 산업의 운용 및 고용에 미칠 전반적인 영향에 대한 장래예측도 수반되는 전문적인 경제·노동정책의 문제이므로 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정된다.”고 하여 완화된 심사기준, 즉 “합리성 심사기준”을 적용할 것이라는 점을 논증의 첫머리에서 밝히고 있다. 이에 비해서 헌법불합치의견은 심사기준이라고 부를 만한 것을 아예 언급하고 있지 않다. 축산산업에 종사하는 근로자와 일반 근로자를 근로시간, 휴게, 휴일의 규정 적용에 있어서 합리적인 이유 없이 차별하였는지 여부에 대해서만 구체적인 상황과 입법배경의 변화 등을 구체적으로 살펴보면서 합리적인 이유의 유무를 판단하고 있다. 기각결정도 합리적인 이유의 유무를 판단한 것이지만 논증의 출발에서부터 입법자의 광범위한 재량을 인정하고 있다는 점에서 축산업 근로자의 근로환경적 특성, 해외 사례, 국제노동기구(ILO)의 기준과 같이 형식적인 논거만으로도 충분히 합헌성이라는 결론을 도출할 수 있게 된다. 이에 비하여 헌법불합치결정은 “근로조건 중 특히 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법 규정들은 근로자의 적정 근로시간 준수와 충분한 휴식이 인간의 존엄성 보장의 기본전제가 됨을 인정하고, 이를 차별 없이 보장하고자 함에 있다.”는 것을 논증의 출발점으로 삼고 있다. 이로부터 축산업 환경의 변화에 따라 근로자들의 근로시간 및 휴일에 대한 일정한 근로조건을 규율하는 것이 불가



능한 상황이 아님에도, 그리고 적정 근로시간 및 휴식에 대한 개념이 점차 변화해옴에 따라 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건의 기준 또한 현격하게 높아졌음에도 국가는 1953년 근로기준법이 제정된 이래 축산업에 종사하는 근로자들을 일률적으로 근로기준법상의 근로시간 및 휴일에 관한 규정의 적용대상에서 제외하여 왔다는 점에 대해서 합리적 이유 없는 차별이라고 판단하고 있다.

이 사건 헌법불합치결정과 기각결정을 비교하여 보면 후자는 종래 헌법재판소가 채택한 심사기준이라는 것에 매몰되어 축산업에 종사하는 근로자의 근로환경에 대해서 구체적으로 평가하지 않고 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호를 정당화하는 논리를 구태의연하게 반복하고 있음을 알 수 있다. 선진 각국에서는 이미 1990년대부터 농업을 생산(1차산업)뿐 아니라 가공(2차산업)과 서비스(3차산업)가 융복합된 산업(6차산업)으로 육성하고 있고, 우리나라도 농촌융복합산업을 2000년대 들어 본격적으로 추진하고 있는 상황에서 이 사건 결정의 헌법불합치결정은 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호에 대한 근본적인 재검토의 필요성을 강력하게 촉구하고 있다.

정영훈(한국노동연구원 연구위원)

# 인사이동, 징계, 근로관계의 변동

## 채용절차 중 발생한 성추행에 대한 법적 평가

- 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020도5646 판결 -

### 【판결요지】

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조는 ‘업무상 위력 등에 의한 추행’에 관한 처벌 규정인데, 제1항에서 “업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정하고 있다. ‘업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람’에는 직장 안에서 보호 또는 감독을 받거나 사실상 보호 또는 감독을 받는 상황에 있는 사람뿐만 아니라 채용 절차에서 영향력의 범위 안에 있는 사람도 포함된다.

대상판결의 사안에서는, 편의점 업주인 피고인이 아르바이트생 구인 광고를 보고 연락해온 피해자(남, 18세)를 모 주점으로 불러 함께 술을 마셨고 이후 피고인이 피해자가 그대로 귀가하면 채용을 하지 않을 것처럼 행세해 자신의 집으로 오게 한 다음 성추행을 하여 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조 위반(업무상위력등에의한추행)으로 기소되었다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조는 제1항에서 ‘업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다.’고 규정하고 있는데, 검찰은 구직자인 피해자도 ‘업무, 고용 등 관계로 자기의 보호, 감독을 받는 사람’에 해당한다고 보았던 것이다.



사안에 대해, 1심판결(창원지법 마산지원 2019. 11. 8. 선고 2019고단659 판결)은 “업무상 위력 등에 의한 추행은 ‘직장 내’에서 실질적으로 업무나 고용관계 등에서 영향력을 미칠 수 있는 사람이어야 하고, 실질적 영향력 행사의 전제가 되는 기본 법률관계인 취업 내지 근로계약의 성립이 이뤄져야 한다.”는 전제에서 “피고인이 위력을 행사할 때까지 피해자에 대한 아르바이트 채용이 이뤄지지 않았으므로, 전제가 되는 기본적 법률관계의 성립을 인정하기 어렵다.”면서 무죄를 선고했다.

하지만 원심판결(창원지법 2020. 4. 21. 선고 2019노2562 판결)은 “구직자는 채용권자의 질의나 요구에 대해 적극적으로 응할 수밖에 없으므로, 채용이 확정되기 전까지는 근로계약 관계에서 사용자와 피용자 사이의 관계보다 더 불안정한 상태에 놓인다.”는 전제에서 “피고인은 피해자를 사실상 보호·감독하는 지위에 있는 자로서 채용권한을 가지고 있는 자신의 지위를 이용해 피해자의 자유의사를 제압해 추행한 것”이라고 보아 유죄를 인정하였다. 그리고 대상판결도 원심판결의 취지를 인정하여 “업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람”에는 직장 안에서 보호 또는 감독을 받거나 사실상 보호 또는 감독을 받는 상황에 있는 사람뿐만 아니라 채용절차에서 영향력의 범위 안에 있는 사람도 포함된다고 보아 피고인에 대해 유죄를 확정하였다. 여기서 ‘위력’에 대해서는 ‘피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 힘을 말하고, 유형적이든 무형적이든 묻지 않고 폭행·협박뿐만 아니라 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세를 이용하는 것도 가능하며, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 필요는 없고, 위력으로써 추행하였는지는 행사한 유형력의 내용과 정도, 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 모습, 범행 당시의 정황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.’고 하여 대법원의 기존 법리가 반복되었다.

대상판결은 원심의 입장을 유지하였는데, 특히 원심에서 ‘구직자가 채용이 확정되기 전까지는 근로계약 관계에서 사용자와 피용자 사이의 관계보다 더 불안정한 상태에 놓인다.’고 지적했던 부분이 매우 설득력 있게 느껴진다. 사안과 같이 채용절차 중에 있는 구직자가 불안정한 지위에 있고 취약한 상태이기 때문에 성범죄에 취약할 수 있다는 점이 충분히 이해되고, 사안과 같은 경우 가해자에 대한 처벌의 필요성이 크다는 점 또한 매우 공감한다.



그러나 대상판결은 노동법적으로는 대단히 의미있는 판결로 보이지만, 형사법적으로 볼 때는 상당히 의문이 제기될 것으로 생각되는 판결이다.

첫째, 사안의 경우 미성년자에 대한 위력에 의한 추행이 범죄사실인데, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 위반죄를 적용하지 않았다는 점이 의문이다. 미성년자에 대한 성범죄의 경우 통상적으로는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」상 벌칙이 적용되어 상당히 강하게 처벌되는 것이 일반적이다. 1심 판결문까지 살펴봐도 동법이 적용되지 않은 이유에 대해서는 명시된 바 없어서 확인할 수 없지만, 짐작컨대, 이 사건에서는 피해자의 피해 당시 연령이 만 18세이긴 하였으나 동법 적용 대상이 되는 아동·청소년이 연 19세 미만자라는 점이 고려된 것이 아닌가 한다.

둘째, 사안에서 미성년자에 대한 위력에 의한 추행이 범죄사실인데, 「형법」상 미성년자에 대한 위력에 의한 추행죄는 5년 이하의 법정형이 규정되어 있고(형법 제302조)<sup>1)</sup> 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상으로는 업무·고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄가 3년 이하의 법정형으로 규정되어 있어서<sup>2)</sup> 특별법 우선의 원칙을 적용해야 할지라도 형벌의 균형이 맞지 않는다는 점이다. 이와 관련하여, 왜 검찰에서는 특별법인 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄보다 형량이 더 높은 「형법」상 미성년자에 대한 위력에 의한 추행죄를 적용하지 않았을까라는 의문을 가지게 한다. 「형법」상 성범죄에 대해 특별법상 성범죄를 우선 적용하는 것이 통상적일 것이라는 점을 감안하면, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」상 미성년자 추행죄를 적용하기가 마땅치 않다고 생각한 상황에서 당연히 특별법 우선의 원칙을 적용하여 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄를 적용한 것일 수도 있고, 아니면 기소를 하는 검사 입장에서 유죄가 선고되길 바라는 마음에서 「형법」상 미성년자에 대한 위력에

1) 「형법」 제302조(미성년자 등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.  
 2) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행) ① 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다.



의한 추행죄에서의 위력의 의미와 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄에서의 위력의 의미를 동일한 것이 아니라 약간 다른 것으로 이해하여 피해자의 상황에 보다 근접하는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄로 기소하는 것이 보다 유죄 확률이 높다고 생각한 것이 아닐까하고 선해(善解)할 뿐이다. 검찰 입장에서는 두 가지 죄의 상상적 경합으로 기소할 수도 있었고 「형법」상 미성년자에 대한 위력에 의한 추행죄를 예비적 공소사실로 기재할 수도 있었겠지만, 전자의 경우와 관련해서는 검찰이 상상적 경합으로 볼 수도 있는 점을 누락한 것은 아닌가라는 생각이 들기도 하고, 후자의 경우와 관련해서는 형량이 더 높은 범죄를 예비적 공소사실로 기재하는 것은 사실 생각하기가 좀 쉽지는 않아 보인다.

셋째, 사안과 같은 경우 미성년자에 대한 위력에 의한 추행죄는 「형법」에도 있으나 특별법 우선의 원칙에 따라 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 적용되는 것이긴 하지만, 사안의 경우 근로계약이 체결되거나 취업이 이루어진 것은 아니었기 때문에 고용에 포섭될 만한 기본적인 법률관계가 성립되지 않았다고 볼 수도 있었을테고 만약 그렇게 보았다라면 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 적용되기 어려울 것이지만 위력의 수준이 「형법」상 미성년자에 대한 위력에 의한 추행죄가 정한 위력의 정도에 이르렀다면, 「형법」상 미성년자에 대한 위력에 의한 추행죄가 성립되는 것이 당연할 것이다. 그런 상황인데도 불구하고 검찰은 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 기타 관계상 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄로만 기소하였다. 결국 사안에서는 법문상 ‘고용’의 해석을 ‘채용절차’에까지 확대하지 않으면 피고인을 유죄로 판단할 수 없는 상황이 된다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 그밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄에서 ‘업무·고용 그밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 사람’에 대해 종래 대법원은 ‘직장의 내규 등에 의한 직제상 보호 또는 감독을 받는 관계에 있는 사람뿐만 아니라 직장 내에서 실질적으로 업무나 고용관계 등에 영향력을 미칠 수 있는 사람의 경우도 포함된다.’고 보아 왔다.<sup>3)</sup> 다만 이러한 실질적인 영향력을 가졌다는 이유로 문언의 포섭 범위가 확대될 수 있다고 할지라도 그러한 실질적인 영

향력이 있다고 인정되기 위해서는 그 영향력의 전제가 되는 기본적 법률관계가 성립되어 있거나 혹은 최소한 그 성립의 상당한 개연성이라도 필요할 것이다. 형사법의 해석은 죄형법정주의의 원칙상 엄격해석의 기초가 유지될 필요가 있고 문언의 가능한 의미를 넘어서는 확장해석이나 유추해석이 피고인을 불리하게 하는 경우에는 허용되어서는 안 된다. 죄형법정주의의 그러한 취지를 고려한다면 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 그밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄에서 말하는 ‘고용’의 범위를 채용절차에까지 확대해서 해석하는 것이 타당한 해석인지 논란의 여지가 전혀 없다고 단정하기는 어려울 것이다.

결론적으로, 사안에서는 채용절차 중에 성추행이 발생한 것이기 때문에 전혀 아무런 관계도 없는 상황에서 성추행이 발생한 것은 아니므로 최소한 기본적 법률관계 혹은 최소한 그 성립의 상당한 개연성이 전무했다고 보기는 어려울 것이다. 실질적 영향력의 전제가 되는 기본적 법률관계의 성립 내지 그 성립의 상당한 개연성 여부를 인정하는 것은 사실판단의 문제처럼 보이지만 채용절차 진행 중에 성추행이 발생했다는 점은 분명한 사실이고 결국 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 업무·고용 그밖의 관계로 인하여 자기의 보호·감독을 받는 자에 대한 추행죄에서 규정된 ‘고용’의 범위를 어디까지 볼 것인가라는 법률해석의 문제만이 남는다. 이에 대해 1심판결은 기본적 법률관계의 성립이 필요하다고 명시적으로 밝히고 있고, 원심판결과 대상판결은 명시적으로 표현하고 있지는 않으나 기본적 법률관계 혹은 그 성립의 상당한 개연성의 존재가 필요하다는 점을 부정하고 있지도 않고 있다. 이러한 점은 원심판결이나 대상판결이 피고인이 채용권한을 가지고 있는 지위를 이용하였다는가 채용절차상의 영향력을 가지고 있다는 점을 인정하고 있다는 것에서 추단할 수 있다. 다만 각급 법원의 판단은 고용의 범위를 어디까지 볼 것이냐와 관련하여 차이가 있었다. 1심판결은 채용절차는 기본적 법률관계의 성립으로 인정할 수 없다는 이유로 고용의 범위에 포섭하지 않았고, 원심판결과 대상판결은 채용절차의 경우도 고용의 범위에 포섭되는 것으로 보아 피고인의 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반의 유죄를 인정하였다. 형사처벌을 예정하고 있는 규정의 해석은 원칙적으

3) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8135 판결 등.

로 엄격해석의 원칙이 적용되지만, 대상판결의 경우 다소 논란의 여지가 없는 것은 아니지만, ‘고용’의 의미에 관한 해석이 허용되는 확장해석의 범위 내에 있는 것으로 보이고 노동법과 형사법의 교차 영역에서 조화로운 해결을 도모한 것으로 평가할 수 있겠다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

## 1차 영업양도 시 고용승계 거부가 2차 영업양도에 미치는 영향

- 대법원 2020. 11. 5. 선고 2018두54705 판결 -

### 【판결요지】

이 사건 병원의 영업을 (두 번째로) 전부 양수한 원고가 영업양도 당시 이 사건 근로자들에 대한 해고가 부당해고인지 여부를 판단할 수 있었는지에 따라서만 원고에 대한 고용승계를 인정한다면 영업양도인과 양수인 사이에 근로자 승계 배제특약 없이 영업양도인이 영업양도 직전에 근로자들을 해고하는 경우 영업양도 방식을 통한 자유로운 해고가 가능하여 근로기준법 제23조 제1항의 해고사유를 제한하는 입법 취지를 잠탈하게 되는 결과가 초래되어 부당하다.

A는 B로부터 갑(甲) 병원을 양수한 뒤, 을(乙) 병원(이하 ‘이 사건 병원’이라 함)을 개원하여 2015. 9. 1.부터 2015. 11. 30.까지 이 사건 병원을 운영한 사람이다. 원고 C는 A로부터 이 사건 병원을 양수한 뒤 2015. 12. 1.부터 운영 중이다(B → A → C). 근로자 1, 2, 3(이하 ‘이 사건 근로자들’이라 함)은 갑(甲) 병원에 입사하여 각각 응급차 기사, 물리치료실장, 간호조무사로 근무하던 사람이며 각각 D 노동조합(이하 ‘이 사건 노동조합’이라 함)의 지부장, 부지부장, 대의원이었다. A는 2015. 9. 1. 병원 양수 당시 근로자 1, 2의 고용승계를 거부하였고, 2015. 10. 1. 근로자 3을 징계해고하였다.

이 사건 근로자들은 A가 한 이 사건 해고는 부당해고이고, 이 사건 근로자들의 노동조합 활동에 대한 불이익 취급으로 부당노동행위라고 주장하며 2015. 10. 6. 부산지방노동위원회에 구제신청을 하였다. 그 후 병원이 원고 C로 양도되자 원고를 피신청인으로 추가하였다. 부산지방노동위원회는 이 사건 근로자들과 이 사건 노동조합의 A에 대한 구제신청은 각하하였고, 원고에 대한 구제신청은 기각하였다. 이에 이 사건 근로자들과 이 사건 노동조합은 초심 판정에 불복하여 2016. 2. 1. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였고, 중앙노동위원회는 초심 판정을 취소하고 원고의 부당해고와 부당노동행위를 인정하였다. 원고는 중앙노동위원회의 부당해고 및 부당노동행위 구제 재심

판정을 취소해 달라는 소를 대전지방법원에 제기하였다.

대전지방법원은 원고의 청구를 기각하였는데, 먼저 B와 A, 그리고 A와 원고 C 사이의 병원 양도 및 양수가 영업양도인지를 검토하였다. 지방법원은 사실관계를 포섭하기 전 먼저 기존 대법원의 다음과 같은 법리를 설명한다. “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 바(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결 등), 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 일부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도로 볼 것이다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 등).”

지방법원은 이러한 법리에 따라 사실관계를 포섭한 결과 B와 A, A와 원고 C 사이의 병원 양수는 영업양도라고 확정한 다음 B와 A 사이의 영업양도 시 이루어진 근로자 1, 2의 고용승계 거부와 근로자 3의 징계해고에 정당한 사유가 있는지를 살펴본다. 그 결과 이 역시 정당한 사유가 없음을 판시한다.

그렇다면 본 주제의 첫 번째 쟁점인 원고 C는 근로자 1, 2, 3의 고용을 승계하여야 하는지가 문제된다. 지방법원은 “해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계가 영업양수인에게 승계되지 않는다고 한다면, 당해 근로자는 나중에 위 해고에 정당한 사유가 없어 무효인 것으로 밝혀진다고 하더라도 사실상 종전의 근로관계를 회복할 방법이 없게 되고, 결국 자신이 소속되고 있던 영업은 영업양도를 전후하여 동일성을 상실하지 아니한 채 영업의 주체만 바뀌어 계속되고 있음에도 영업양도인의 부당한 해고처분에 의한 해고의

효력만은 그대로 존속하는 셈이어서 부당하다.”라고 한다. 따라서 원고 C는 부당하게 고용승계 거부 및 징계해고된 근로자 1, 2, 3의 고용을 승계해야 한다고 판결한다.

두 번째 쟁점으로 이러한 2차 고용승계 거부가 노동조합 활동에 대한 불이익 처분이 되는지가 문제된다. 여기서 지방법원에서 대법원까지 치열하게 대립된 것은 원고 C에게 부당노동행위 의사가 있느냐였다. 먼저 부당노동행위 성립에 있어 부당노동행위의 의사가 필요한지에 대해서는 학설상 견해가 나뉜다.<sup>1)</sup> ① 의욕설은 반조합적 의욕 내지 동기가 필요하다는 견해로 다만, 그러한 주관적 요소는 제반 사정(간접사실)에서 인정되는 추정적 의사면 족하다고 한다. ② 객관적 인과관계설은 부당노동행위의 의사는 필요하지 않으며 근로자의 단결활동 등 행위와 사용자의 불이익처분 사이에 객관적으로 인과관계가 인정되면 충족한다는 견해이다. 대법원의 입장은 의욕설에 가까운 것으로 한결같이 부당노동행위 의사가 필요하다는 입장이다.

따라서 지방법원 역시 부당노동행위 의사의 유무를 원고 C에게 따지는데, 지방법원은 원고 C가 A로부터 병원의 영업을 양도받아 개시하기 전부터 이 사건 근로자들과 A와의 법적 분쟁을 알고 있었고, 병원 간부인 D와 E로 하여금 이 사건 병원 내 근로자들에게 노동조합 탈퇴를 독려하는 확인서를 회람시키는 등의 행동을 하게 한 점을 근거로 원고 C의 부당노동행위 의사와 함께 부당노동행위를 인정하였다.

원고 C의 항소로 열린 고등법원은 첫 번째 쟁점과 두 번째 쟁점을 다시 판단하는데, 첫 번째 쟁점인 이 사건 근로자들의 고용승계에 관한 내용은 지방법원의 판결 내용을 그대로 인용하여 고용승계를 인정하였다.

그러나 두 번째 쟁점에서 고등법원은 다음과 같은 이유로 원고 C의 부당노동행위 의사를 부정하여 부당노동행위 역시 부정하였다. 원고의 부당노동행위가 인정되려면 B와 A 사이의 병원 양수가 영업양도여서 근로자 1, 2의 고용을 A가 승계하지 않은 것은 부당해고에 해당한다는 점, 그리고 A가 근로자 3을 해고한 것 역시 부당해고라는 점을 인식하고 있어야 한다. 그러나 비법률가인 원고가 임대차 계약 형식이었던 B와 A 사이의 병원 양수가 영업양도라는 점을 알기 쉽지 않았다는 점과 근로자 3이 해고될 당시에는 원

1) 이하의 내용은 임종률(2020), 「노동법(제18판)」, 박영사, pp.292~293 참조.



고가 이 사건 병원에 근무하지 않았다는 점을 들어 법적 분쟁이 있다는 것만을 이유로 이 해고가 부당해고라는 것을 당연히 알았다고 볼 수 없다는 것이다.

원고 C는 첫 번째 쟁점에 대해서, 피고인 중앙노동위원회장은 두 번째 쟁점에 대해서 각각 상고하였다. 대법원은 첫 번째 쟁점인 고용승계에 대해 “이 사건 병원의 영업을 전부 양수한 원고가 영업양도 당시 이 사건 근로자들에 대한 해고가 부당해고인지 여부를 판단할 수 있었는지에 따라서만 원고에 대한 고용승계를 인정한다면 영업양도인과 양수인 사이에 근로자 승계 배제특약 없이 영업양도인이 영업양도 직전에 근로자들을 해고하는 경우 영업양도 방식을 통한 자유로운 해고가 가능하여 근로기준법 제23조 제1항의 해고사유를 제한하는 입법 취지를 잠탈하게 되는 결과가 초래되어 부당하다.”라고 하여 상고를 기각해 고등법원의 판결을 유지하였다.

그리고 두 번째 쟁점인 부당노동행위 인정 여부에 관해서도 고등법원의 판단을 그대로 인정하는데, 원고 C가 A의 고용승계 거부와 해고가 부당해고에 해당한다는 것을 당연히 알았다고 보기 어렵기 때문에 부당노동행위 의사를 인정할 수 없어 부당노동행위를 부정하였다.

첫 번째 쟁점인 영업양도의 고용승계에 관해서 영업양수인은 영업양도인의 고용을 특약이 없는 한 그대로 승계해야 한다는 점, 그리고 그 특약에서 고용승계가 배제되는 근로자는 해고의 사유와 같은 정당한 이유가 있어야 한다는 점은 판례의 오래된 판시 내용으로 명약관화하다. 그러나 이러한 영업양도가 두 차례 진행되고 제1차 영업양도 시 거부된 고용승계와 부당해고가 제2차 영업양수인에게도 영향을 미치는가는 그동안 찾아볼 수 없는 사례였다. 대법원은 만일 제2차 영업양수인에게 제1차 영업양도의 고용승계의무 및 부당해고 무효의 법리가 미치지 않는다면, 2번의 영업양도 방식을 통해 - 특히 대법원이 표현하지는 않았지만, 중간의 위장 영업양도를 통해 - 자유롭게 근로자들을 해고할 수 있는 상황이 벌어지기 때문에 부당하다는 판시를 하였다. 타당한 판단이라고 생각된다.

그러나 두 번째 쟁점인 부당노동행위에 대해서는 이견이 있을 수 있다. 대법원은 부당노동행위 의사가 있어야 한다는 필요성 중 의욕설의 입장에서 적극적인 고의를 요구한 듯하다. 즉, 원고 C의 반조합적 의욕 또는 동기가



필요한데, 단지 법적 분쟁이 발생하고 있다는 사정을 안 것만으로는 부당노동행위 의사를 인정할 수 없다는 것이다. 이는 부당노동행위가 형사처벌되기에 행위자의 고의를 엄격히 판단한 것이 아닌가하는 추측을 해본다. 그러나 범죄의 고의는 반드시 어떤 의욕만이 아니라 그 결과를 ‘감수(感受)’하는 것 - 미필적 고의 - 으로도 성립될 수 있다. 원고 C가 제1차 영업양도 당시 분쟁이 있었다는 것을 알고 있다는 것이 반조합적 활동의 적극적인 의욕이라고 할 수는 없을 것이다. 그러나 원고 C는 부당노동행위가 될 수 있다는 상황을 감수하고도 그 상황을 그대로 수인하였다는 점에서 미필적 고의가 인정된다고 생각한다. 따라서 부당노동행위 역시 인정되어야 했는데 이점을 대법원이 놓친 점은 아쉽게 여겨진다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

## 용역업체 변경 시 고용승계기대권

- 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결<sup>1)</sup> -

### 【판결요지】

도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 다른 업체(이하 ‘용역업체’라 한다)에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 용역업무 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제근로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 용역계약을 체결한 경우, 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계된다는 기대권이 인정된다. 이와 같이 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다. 이때 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지는 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약 내용, 해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

고용승계기대권을 명시적으로 인정하는 대법원 판결이 드디어, 아니 비로소 나왔다. 근로자들이 고용승계를 거부당한 2014년 9월부터 무려 6년 7개월 만에 다시 사업장으로 복직하게 되었다. 한국수력원자력 주식회사 울진원자력본부(이하 ‘한울원자력본부’라 함)는 울진원자력 제1발전소 등의 청소업무

1) 사건의 경과: 경복지방노동위원회 2014. 12. 15. 판정 2014부해783(각하) → 중앙노동위원회 2015. 2. 16. 판정 2014부해1342(초심 취소\_근로자들 승) → 대전지방법원 2016. 6. 22. 선고 2015구합101077 판결(기각\_채십 유지) → 대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11696 판결(기각\_채십 유지) → 대법원(2016. 12. 2. 선고 2016두57045 판결)

에 대해 외주 용역업체와 1년 또는 2년 단위로 용역도급계약을 체결하여 왔고, 재입찰에 성공한 한두 개의 용역업체를 제외하고 용역 기간이 만료될 때마다 용역업체가 변경되었다. 근로자 3명(이하 ‘근로자 A, B, C’ 및 통칭하여 ‘근로자들’이라 함)은 한울원자력본부와 용역도급계약을 체결한 용역업체 소속으로 근무하였는데, 근로자 B는 1997년 3월경, 근로자 C는 2002년 11월경 용역업체에 입사한 이래 청소용역을 담당하는 용역업체가 변경될 때마다 순차적으로 고용이 승계되어 위 발전소에서 근무하였고, 근로자 A는 2014년 4월경에 입사하였다. 근로자들은 2013년 9월 1일부터 2014년 8월 31일까지 청소용역을 위탁받은 이전 용역업체에 고용되어 2014년 8월 31일까지 한울원자력본부 사업장에서 근무하였다. 한울원자력본부는 2014년도 청소용역에 대하여 공개입찰을 진행하였고, 용역업체 X(원고)가 낙찰받아 2014년 8월경 새로이 용역계약(이하 ‘이 사건 용역계약’이라 함)을 체결하였다. 이 사건 용역계약의 내용에 포함된 2014년도 한울원자력 제1발전소 청소용역시방서(이하 ‘이 사건 청소용역시방서’라고 함)에서는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

① 계약상대자는 종업원을 채용하고자 할 때는 당해 업무를 수행할 수 있는 자만을 채용하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 현재 근무하고 있는 종업원을 고용승계 및 용역계약기간 중 고용 유지 하여야 한다(일반시방서 제 10조 제1항).

② 근로계약서는 1년 단위로 계약이 성립되어야 한다(일반시방서 제10조 제4항).

③ 계약상대자는 청소용역 작업원 확보 시 원자력발전소의 특수성을 고려하여 특별한 경우를 제외하고는 기존 청소업체 종업원의 재채용을 원칙으로 하며, 결원자의 신규 채용 시는 발전소 인근 주민을 채용하되 인근 주민의 수급이 불가할 때는 감독원의 승인을 받아 타 지역 인원을 채용할 수 있으며, 채용된 작업원은 특별한 사유가 없는 한 용역계약기간 중 고용을 유지해야 한다(특기시방서 제4의 라항).

새로운 용역업체(이하 ‘용역업체 X’라 함)는 2014년 9월 1일 이전 용역업체에서 근무하던 23명 중 근로자 A, B, C를 포함하여 4명에 대해 고용승계를 거부하였다. 근로자들은 이에 대해 경북지방노동위원회에 구제신청을 하



였으나 위 지노위는 용역업체 X가 근로자들의 근로관계를 승계할 의무가 없으므로 사용자로서의 당사자 적격을 부인하여 각하하였고, 이에 근로자들은 불복하여 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였다. 중노위는 초심을 취소하면서 “용역업체 X와 한울원자력본부가 체결한 용역계약서 및 청소용역시방서의 내용을 종합하면 근로자들은 용역업체 X에 대해 ‘고용관계의 승계에 대한 기대권’을 가지는 것이 당연”하다며 합리적 이유 없이 고용승계를 거부한 것은 부당해고로 판정하였다. 이 사건에 대한 행정소송 1심인 대전지방법원도 위 용역계약서 및 청소용역시방서 등을 근거로 용역업체 X에 근로자들의 고용을 승계할 의무가 있다고 판단하였다. 항소심인 대전고등법원은 “이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정은, 이러한 규정을 특별히 명시한 취지 등에 비추어 보면, 제3자인 참가인들에게 직접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하고, 이 경우 참가인들이 승낙의 의사를 표시(고용승계의 요구)한 이상, 원고로서는 이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정에 따라 참가인들에 대하여 고용승계의무를 직접 부담한다고 할 것이다.”라고 판시함으로써 용역업체 X의 고용승계의무를 ‘제3자를 위한 계약(민법 제539조2)의 범리에서 찾았다. 이의 상고심인 대법원은 위 【판결 요지】와 내용으로 판시하면서 용역업체 X의 상고를 기각하였는데 원심에서 전개한 ‘제3자를 위한 계약’의 범리보다 ‘갱신기대권’의 범리를 원용하였다.

그간 대법원은 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’) 시행 이후 갱신기대권 범리를<sup>3)</sup> 통해 기간제근로자의 고용 종료료를 보

- 
- 2) 민법 제539조(제3자를 위한 계약) ① 계약에 의하여 당사자일방이 제3자에게 이행할 것을 약정한 때에는 그 제3자는 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있다.  
 ② 전항의 경우에 제3자의 권리는 그 제3자가 채무자에 대하여 계약의 이익을 받을 의사를 표시한 때에 생긴다.
- 3) 갱신기대권 법리: 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결(근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료

호하였고, 이를 정규직 전환기대권<sup>4)</sup>으로 발전시켰고, 여기서 한 발 더 나아가 고용승계기대권으로 끌어올렸다. 중앙노동위원회가 ‘고용관계의 승계에 대한 기대권’의 용어를 처음 사용하였고, 이는 대법원에서도 그대로 받아들여졌다. 이로써 기대권 법리의 3탄이 완성된 셈이다. 종전의 기대권 법리는 동일한 사용자를 대상으로 기간제 근로계약이 갱신될 것이라거나 정규직(기간의 정함이 없는 근로계약)으로 전환될 것이라는 신뢰관계의 형성이었는데, 대상판결의 고용승계기대권은 변경된 새로운 사용자를 대상으로 전개하였다는 데에 큰 의의가 있다. 이러한 측면에서 대상판결은 앞선 기대권과 달리 더욱 엄격한 판단의 요소를 내세운 것으로 볼 수 있다. 대상판결은 ‘근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지 여부’(사용자의 입장에서 ‘고용승계의무가 인정되는지 여부’)의 일차적 판단 요소로 “새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약 내용”(판단 요소①)을 들고 있다. 이는 계약을 체결하였다면 이를 지켜야 한다는 로마법의 격언(“*pacta sunt servanda*”)을 굳이 언급하지 않아도, 제3자를 위한 계약인지를 따질 필요도 없이 당연한 논리적 귀결이다. 대상판결의 사안에서도 판단 요소①과 같은 ‘용역계약서 및 청소용역시방서’를 체결하였으므로 구태여 다른 요소를 언급하지 않아도 용역업체 X는 고용승계의무를 부담한다고 판단할 수 있다. 그런데 여기서 의구심이 드는 사항이 있다. 앞선 기대권 법리에서는 위 판단 요소①과 같은 ‘그러한 규정이 없더라도’ 관행 등의 여러 사정을 종합하여 갱신기대권 인정 여부를 판단하였는데, 위 대상판결은 위 두 가지 판례 법리를 원용하면서도 이와 같은 표현

후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다.)

- 4) 정규직 전환기대권 법리: 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결(근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 계약기간이 만료될 무렵 인사평가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실행, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 상당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다.)



없이 “해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등”(판단 요소⑥)과 나란히 열거하고 있다. 이러한 사실을 미루어 보면 대상판결은 판단요소④와 같은 고용승계와 관련된 명시적 약정이 없는 경우 새로운 용역업체의 고용승계의무를 인정하기 어렵다고 보는 것은 아닐까 싶다. 이러한 이유로 대상판결의 확장 가능성은 그리 크지 않을 것으로 보이나 현실에서 적극적으로 적용할 필요가 있다. 위 대상판결의 사안에서 근로자 B는 위 발전소에서 용역업체만 바뀐 채로 17년 6개월가량을, 근로자 C는 11년 9개월가량을 근로하였고, 용역업체 X는 2007년에도 한울원자력본부와 용역계약을 체결하고 고용을 모두 승계한 사실이 있었던 사정에 비추어 용역업체 X는 판단 요소④와 같은 명시적인 약정이 없이도 고용승계의무를 부담하다는 사실을 충분히 예견할 수 있었을 것으로 보인다. 근로자 입장에서 보면 용역업체 명칭만 변경되었을 뿐 그 자리에서 항상 같은 업무를 수행하는데 근로관계 승계법리가 적용되는 사업양도가 아니라는 이유로 업체의 변경만으로 일자리를 상실한다는 것은 납득하기 어려운 노릇이다. 이러한 사정을 종합적으로 판단하면, 대상판결이 기대권 법리를 발전시킨 의의는 있지만 이러한 문제를 제대로 해소하는 데는 한계가 있어 보인다. 이의 해결을 위해 2021년 5월 17일 송옥주 국회의원이 대표 발의한 ‘사업이전에서의 근로자 보호 등에 관한 법률안’처럼 영업양도뿐만 아니라 도급·용역업체 등의 변경을 포함한 사업이전으로 사업의 전부 또는 일부가 이전되는 경우 근로관계를 포괄적으로 승계하도록 입법화하는 해결 방안을 모색할 수 있다. 하루속히 입법화되기를 기대하고, 입법적 조치가 마무리되기 전이라도 용역 및 도급계약 등에 고용승계를 명시하도록 관련 지침 내지 규정을 마련할 필요가 있다. 한편 남은 기대권은 ‘정년 후 재고용 기대권’인데 조만간 대법원 판결이 나올 듯하고, 이는 같은 사용자를 대상으로 전개되는 것으로 어렵지 않게 인정될 수 있을 것으로 보이며, 기대권 법리의 4단이 될 것이다.

강선희(법학박사)

## 용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계기대권 및 두 가지 의문

- 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결<sup>1)</sup> -

### 【판결요지】

도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 다른 업체(이하 ‘용역업체’라 한다)에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 용역업무 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제근로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 용역계약을 체결한 경우, 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계될 것이라는 기대권이 인정된다. 이와 같이 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다. 이때 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지는 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용, 해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

1) 사건의 경과: 강원지방노동위원회 2018. 9. 12. 판정 2018부해179(근로자 승)→중앙노동위원회 2019. 1. 24. 판정 2018부해1198(초심유지 근로자 승)→서울행정법원 2019. 9. 26. 선고 2019구합57367 판결(기각 근로자 승)→서울고등법원 2020. 7. 9. 선고 2019누59402 판결(기각 근로자 승)→대법판결(기각 근로자 승).



## 1. 사건의 개요 및 쟁점

고용승계기대권을 명시적으로 인정하는 최초의 대법원 판결(대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결<sup>2)</sup>, 이하 ‘대법원 2016두57045 판결’이라 함)이 나온 지 한 달여 만에 위 대법원 2016두57045 판결과 근거를 달리하여 고용승계기대권을 인정하는 대법원 판결이 나왔다. 우선 사실관계를 살펴보자. 근로자A는 2009. 10. 1.부터 대한석탄공사 장성광업소(이하 ‘장성광업소’라 함)에서 장성광업소와 선탄관리작업 용역계약을 체결한 여러 용역업체에서 선탄작업을 수행하였다. 근로자A의 근무이력은 아래와 같다.

근무기간	2009. 10. 1.~ 2011. 9. 30.	2011. 10. 1.~ 2015. 3. 31.	2015. 4. 1.~ 2017. 3. 31.	2017. 4. 1.~ 2018. 3. 31.	2018. 4. 1.~ 2018. 12. 31.
소속 용역업체	U	W	X	Y	X

용역업체X(원고)는 2018. 3. 29. 장성광업소와 선탄작업관리 용역계약(계약기간: 2018. 4. 1.~ 2018. 12. 31.)을 체결하고, 종전 용역업체Y에서 근무하던 18명(선탄작업 근로자 11명) 중 근로자A를 제외한 17명(선탄작업 근로자 10명)과 새롭게 근로계약을 작성하여 기존과 같은 근로조건으로 근무를 계속할 수 있도록 하였다. 용역업체X는 위 표에서 보았듯이 2015년에 장성광업소와 선탄작업관리 용역계약을 체결한 적이 있고, 그 당시에도 용역업체W로부터 근로자A의 고용을 승계한 사실이 있다. 근로자A는 종전 용역업체Y에서 근무하던 2017. 12.경 손가락 골절상의 업무상 재해를 입고 치료를 받던 중 2018. 3.경 용역업체Y로부터 향후 용역업체가 변경될 예정이라는 연락을 받고 출근하였다. 용역업체X는 2018. 4. 2. 근로자A에게 다친 손가락에 대한 의사 소견서 제출을 요구하였고, 근로자A는 2018. 4. 3. ‘일상 직업 복귀에 지장이 없는 상태’라는 내용의 의사 소견서를 제출하였다. 근로자A는 용역업체X의 요구로 2018. 4. 8. “다친 손가락에 관해 용역업체X에게 민형사상 책임을 묻지 않겠다.”라는 취지의 각서 및 인감증명서를 제출하였다. 근로자A가

2) 이 판결에 대한 평석으로 강선희(2021), 「용역업체 변경 시 고용승계기대권」, 『노동리뷰』 7월호, 한국노동연구원, pp.101~104 참조.



속한 노동조합은 용역업체X에게 “근로자A가 장성광업소의 작업장에 2018. 6. 1.부터 출근할 수 있게 해 달라.”라는 취지의 문서를 보내자 용역업체X는 2018. 5. 31. 근로자A가 속한 노동조합에 “근로자A의 고용계약을 승계할 의사가 없다.”라는 내용의 문서를 송부함으로써 해고하였다. 이에 근로자A는 용역업체X가 고용을 승계할 의무가 있는데도 합리적 이유 없이 고용승계를 거부한 것은 부당해고라며 구제신청을 하였고, 노동위원회를 거쳐 위 대상 판결의 대법원에 이르기까지 용역업체X에게 고용승계의무를, 근로자A에게 고용승계기대권을 인정하는 판정 및 판결을 하였다. 용역업체X는 부가적으로 근로자A가 종전 용역업체Y와 체결한 기간제 근로계약의 기간이 만료되었고, 갱신기대권도 없다고 주장하였다. 부가적 주장에 대해 원심 고등법원은 사실상 무기계약 법리(대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두16901 판결)를 원용하여 종전 용역업체Y 등과 근로자A 사이에 작성된 근로계약서에서 정한 기간은 단지 형식에 불과하므로 근로자A는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있다고 판단하였다. 이 부분은 이 글에서 다루지 않는다.

## 2. 고용승계기대권을 인정한 논거

대상판결은 위 대법원 2016두57045 판결(위 【판결요지】와 같은 내용)을 전제로 아래와 같이 판단한 원심(서울고등법원 2020. 7. 9. 선고 2019누59402 판결)과 같은 이유로 근로자A에게 새로운 용역업체인 원고에 고용이 승계되리라는 정당한 기대를 가지고 있다고 판단하였다.

- 논거1: 근로자A는 2009. 10. 1. 이래 여러 차례 용역업체가 바뀌는 과정에서 근로기간의 단절 없이 고용관계의 승계를 인정받아 계속 근무하였고, 특히 “근로자A는 2015년 용역업체X에 고용승계 되어 근무한 적도 있으므로 용역업체X가 근로자A와 용역업체Y 사이의 고용관계를 승계하리라는 정당한 기대권을 가지고 있었다고 판단된다.”라고 판시하였다.
- 논거2: 용역업체X는 이전 용역업체Y의 선탄작업 근로자 11명 가운데 근로자A를 제외한 10명에 대한 고용을 모두 승계한 사실에 비추어 기



존 용역업체의 근로자에 대한 고용승계의무가 있다는 점을 인식하고 있었다고 볼 수 있다.

- 논거3 : 2009년부터 장성광업소의 용역업체에서 근로하면서 본인의 의사에 반하여 고용승계가 거부된 근로자는 없었던 것으로 보인다.

앞선 대법원 2016두57045 판결은 위 【판결요지】에서 “새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용”에 해당하는 ‘용역계약서 및 청소용역시방서’를 근거로 고용승계의무를 인정하였다. 대법판결은 위와 같이 고용을 승계하기로 하는 명시적인 약정이 없이 관행 등을 근거로 고용승계의무를 인정하였다. 필자는 대법원 2016두57045 판결에 대한 평석<sup>3)</sup>에서 과연 대법원이 고용승계에 관한 명시적 약정이 없더라도 관행 등의 여러 사정을 종합하여 고용승계기대권을 인정할 수 있을지에 대한 의구심을 표명하였는데, 위 대법판결로 그러한 우려는 일부 덜어낸 듯하다.

### 3. 두 가지 의문

대상판결과 앞선 대법원 2016두57045 판결의 사안에서 공통점이 있다면 새로운 용역업체가 예전에도 도급업체 사업장에서 용역을 받은 적이 있어 고용승계 관행을 알았고, 근로자들이 장기간(9년 정도에서 17년간) 근무하였다는 사정이다. 여기서 두 가지 의구심이 있는데, 하나는 같은 사업장에서 장기간 근로계약을 반복하여 갱신하거나 체결하면서 오랫동안 근로한 근로자와 그렇지 않은 근로자 사이에 고용승계기대권의 인정 여부를 달리 판단할 수 있는지 여부이고, 다른 하나는 고용을 승계하는 관행만(‘도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행’)으로 새로운 용역업체에게 고용승계의무를 인정할 수 있는지 여부이다.

첫 번째 의문을 먼저 살펴보면, 예컨대 근로자들(10여 명)이 용역업체의 변경에도 같은 사업장에서 같거나 유사한 업무를 하며 근로자1은 20년간, 근로자2는 10년간, 나머지는 짧게는 3개월에서 많게는 5년을 계속 근무한 경우

3) 각주2) 참조.

10년 내지 20년간 근무한 근로자1·2의 입장에서는 계속해서 변경된 용역업체에 승계되어 같은 사업장에서 근무하였기 때문에 새로운 용역업체에 승계될 것이라는 기대감이 생길 수 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 고용승계기대권은 근로자 개별이 갖는 ‘주관적 기대’가 아니라 ‘해당 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정’(위 【판정요지】의 밑줄 친 부분)을 통해 인정되는 ‘객관적 기대’이므로 일부 근로자가 단기간 근로하였더라도 여러 사정을 종합하여 보았을 때 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 객관적으로 형성되었다면 기대권을 인정할 수 있을 것으로 보인다.<sup>4)</sup> 역으로 근로자의 일부가 장기간 근무한 사정만으로 새로운 용역업체에게 근로자의 고용을 승계할 의무를 인정하기 어려울 수 있고, 장기간 근무한 해당 근로자에 대해서만 고용승계기대권을 인정하는 것도 아니다. 고용승계기대권 인정 여부를 판단할 때에는 ‘해당 근로관계’뿐만 아니라 ‘해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 고려해야 하므로 용역업체의 변경에 따라 고용변동이 발생하는 해당 업체의 근로자 전체를 기준으로 판단해야 한다. 다만, 고용승계기대권을 부인할 만한 ‘특별한 사정’(“특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계되리라는 기대권이 인정된다.”)이 있는지 여부는 해당 근로자를 기준으로 판단해야 할 것으로 보인다.<sup>5)</sup> 따라서 일차적으로 근로자별로 고용승계기대권 인정 여부를 달리 판단할 수 없으나 일단 고용승계기대권이 인정된다면 이차적으로 근로자 개별에게 특별한 사정이 있을 경우 해당 근로자에게 고용승계기대권이 부인될 수 있다. 그러나 근무기간이 짧다는 사실은 고용승계기대권을 부인할 특별한 사정이라고 보이지 않는다.

두 번째 의문의 경우 대상판결은 도급업체 사업장에서 용역업체 변경에 따라 고용을 승계하는 기존 관행만으로 고용승계의무를 인정하기 어렵다고 판단하는 것으로 보인다. 앞서 살펴본 논거 세 가지 및 판정요지의 내용(‘새로운 용역업체와 근로자들의 인식’)에 비추어 보면 대상판결은 새로운 용역

4) 정규직 전환 및 갱신기대권도 근로자 개인의 주관적 기대가 아니라 명시적 규정 및 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등)을 통해 인정되는 ‘객관적 기대’라는 측면에서 해당 근로자가 단기간 근로하였더라도 위와 마찬가지로 판단이 가능하다. 그러나 나머지 부분은 고용승계기대권과 맥락을 달리하므로 별도로 판단하여야 한다.

5) 이러한 부분은 정규직 전환 및 갱신기대권과 차이가 있다.



업체가 바뀌더라도 종전 용역업체의 고용을 승계하는 관행이 있는 것을 알았거나 고용을 승계할 의무가 있다는 것을 알 수 있어야 한다고 판단하는 것으로 보인다. 새로운 용역업체의 입장에서는 자신이 어떠한 의무를 부담해야 하는지를 알 수 있어야 한다는 측면에서 보면 일응 수긍이 간다.

지난번 글에서도 밝혔듯이 용역 및 도급계약 등에 고용승계를 명시하도록 관련 지침 내지 규정을 마련할 필요가 있고, 최소한 용역 및 도급계약 입찰 공고 시 고용승계를 조건으로 하는 것이 필요하다고 본다. 이로써 용역업체 등의 변경 시 고용을 승계하는 관행이 사회 전반에 형성되어 당연한 것으로 인식되어 고용승계기대권 인정 여부를 법적으로 다투지 않는 그런 때가 오길 기대한다.

강선희(법학박사)

## 보고서 결재 반려도 갑질에 해당하는가

- 울산지방법원 2021. 4. 15. 선고 2020구합330 판결 -

### 【판결요지】

행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서는 당해 처분의 적법을 주장하는 처분청인 피고에게 그 적법 여부에 대한 입증 책임이 있으므로(대법원 2007. 1. 12. 선고 2006두12937 판결 등 참조), 징계처분의 취소를 구하는 소송에서 처분청인 피고가 징계 사유가 존재한다는 점을 입증해야 한다. 원고가 보고서를 반려하는 경우 반려 사유를 기재하는 등으로 업무상 필요에 의해 이유를 제시하며 보고서를 수정·반려한 것으로 보이는데, 이와 같은 사정만으로는 원고가 해당 직원에게 갑질을 하여 지방공무원법상 성실의무를 위반하였다고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 처분은 그 징계 사유가 모두 인정되지 않으므로 위법하여 취소되어야 한다.

직장은 근로자들이 삶을 영위하는 곳으로 안전하고 건강한 일터에서 일을 할 권리는 근로자의 가장 기본적인 권리 중 하나이다. 그런데 병원에서의 ‘간호사 태움’이나, 일명 ‘땅콩 회항’으로 알려진 대기업 오너 일가의 폭언·폭행 사건 등이 사회적으로 큰 문제를 일으켰고, 어렵지 않게 직장 내 괴롭힘을 마주하게 되면서 이제 더 이상 직장 내 괴롭힘을 방치하기 어려운 수준에 이르게 되었다. 이에 직장 내 괴롭힘 금지에 대한 입법 요구가 높아졌고, 2018년 12월 27일 국회 본회에서 별도의 입법 형식이 아닌 「근로기준법」에 제76조의 2(직장 내 괴롭힘의 금지)를 신설해 ‘사용자 또는 근로자가 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무 환경을 악화시키는 행위’를 ‘직장 내 괴롭힘’으로 정의하고 이를 금지하는 개정 근로기준법이 의결되어 2019년 7월 16일부터 시행되고 있다.

한편, 현 정부에서는 100대 국정과제에 ‘직장 내 괴롭힘 근절을 위한 종합대책 마련’을 선정한 바 있으며, 2019년 2월 18일 공공분야 갑질 근절 종합대책의 후속 조치 중 하나로 「공공분야 갑질 근절을 위한 가이드라인」을 마련



하였다. 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인에는 갑질의 주요 유형별 판단 기준, 조치와 대응 방안, 실제 사례, 갑질 위험도 진단 체크리스트 등의 내용을 담았는데, ‘갑질’은 사회·경제적 관계에서 우월적 지위에 있는 사람이 권한을 남용하거나, 우월적 지위에서 비롯되는 사실상의 영향력을 행사하여 상대방에게 행하는 부당한 요구나 처우를 의미하며, 주요 유형별 갑질로 ① 법령 등 위반, ② 사적 이익 요구, ③ 부당한 인사, ④ 비인격적 대우, ⑤ 기관 이기주의, ⑥ 업무 불이익, ⑦ 부당한 민원 응대, ⑧ 기타 사항이 있으며, 기타 사항의 유형으로는 따돌림, 부당한 차별행위, 모임 참여 강요, 갑질 피해 신고 방해 등을 예로 들고 있다. 이 가이드라인은 중앙행정기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 따른 지방자치단체 출자·출연 기관 및 중앙행정기관 그리고 지방자치단체, 공공기관 등으로부터 공무를 위탁받아 행하는 기관·개인 또는 법인과 공무원으로 의제 적용되는 사람에게도 적용된다.

대상판결은 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인에서 정한 갑질행위를 하는 등 「지방공무원법」 제48조에 따른 성실의무를 위반하였음을 사유로 감봉 3개월의 징계 처분을 받은 자에 대하여 그 징계 처분의 정당성을 판단하기 위해 제한적이거나 갑질의 판단 기준 및 해당 여부를 살펴보고 판시한 사례로서 의의가 있다.

대상판결의 ‘사건 경과’를 살펴보면, 원고는 1989년 7월 15일 지방농업기원 보로 임용되어 2018년 1월 1일부터 울주군청 과장으로 근무하다가, 2019년 7월 4일부터는 울주군 한 면의 면장으로 근무하였다. 원고는 2019년 4월 24일부터 2019년 5월 2일까지 소속 부서 직원 E가 작성한 보고서 3건을 수차례 수정·반려 처리하였고, 해당 직원 E가 사업 진행에 차질이 염려되어 불면증 등 스트레스를 겪게 되었다. 한편 원고는 2019년 5월경 울주군청 승강기에서 직원 E에게 ‘돼지비계’라는 표현을 하였으며, 소속 부서 직원들이 듣는 앞에서 지인과 사적으로 통화하면서 큰소리로 욕설을 하였다. 이에 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인에서 정한 갑질행위 및 「지방공무원법」 제 48조에 따른 성실의무를 위반하였음을 징계 사유로 감봉 3개월의 징계 처분을 받았다. 원고는 2019년 11월 20일 소청심사를 청구하였으나 울산광역시소청심사위원회가 2020년 1월 17일 청구를 기각하자 “직원들에게 갑질을 하려

는 의도도 없었고, 징계 사유에 해당한다고 해도 감봉 3개월은 지나치게 무겁다.”라고 주장하며 징계 처분의 취소를 구하는 소송을 울산지방법원에 제기하였다.

울산지방법원은 제1 징계 사유인 보고서 결재 반려와 관련하여 “① 해당 직원이 2019년 4월 24일부터 5월 2일까지 9일간 상신한 보고서는 12건으로, 원고는 위 3건을 제외한 나머지 9건은 해당 직원이 보고서를 상신한 날 즉시 결재를 한 점, ② 원고는 보고서를 반려하는 경우 반려사유를 기재하거나 해당 직원에게 구두로 설명한 것으로 보이는 점, ③ 원고는 회의 시 소속 직원들에게 긴급한 사항은 결재를 상신했고 동시에 이야기해 달라고 말한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 업무상 필요에 의해 이유를 제시하며 해당 직원이 작성한 보고서를 수정·반려한 것으로 보이는데, 이와 같은 사정만으로는 원고가 해당 직원에게 갑질을 하였다고 볼 수는 없다.”라고 판단하였다. 또한 울산지방법원은 제2 징계 사유인 ‘돼지비계’라는 표현에 대해서도 “① 당시 승강기에 같이 있었다고 하는 울주군청 축수산과 소속 F는 원고가 해당 직원에게 운동을 독려한 사실은 있으나 돼지비계라는 단어로 비교한 사실은 없다는 상반된 진술을 하고 있어, 원고가 해당 직원에게 위와 같은 특정한 단어를 사용하였다고 단정하기 어려운 점, ② 설령 원고가 해당 직원에게 위와 같은 단어를 사용하였다고 하더라도 원고와 해당 직원과의 관계, 발언 횟수, 당시 상황, 원고의 발언 의도 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 사정만으로 원고가 해당 직원에게 갑질을 하였다고 보기는 어렵다.”라고 판단하였다. 마지막 징계 사유인 직원들 앞에서 타인(G 농업협동조합장)과 통화를 하면서 목소리를 높였던 점도 “G 농협 직원이 소속 부서 직원에게 항의를 하며 무적절한 말(소속 직원에게 ‘아줌마’로 호칭, ‘한 대 맞을랍니다’)라는 표현 사용)을 했던 사건이 발생했던 것으로 보이고, 원고는 위와 같은 사건을 보고받고 이에 항의하는 과정에서 다소 거친 언동을 하였던 것으로 보이는데, 위와 같은 사정만으로 원고가 지방공무원법상 성실의무를 위반하였다고 보기는 어렵다.”라고 판단하면서 원고에 대한 감봉 3개월의 징계 처분은 그 징계 사유가 모두 인정되지 않으므로 위법하여 취소되어야 한다고 판시하였다.

근로기준법상 ‘직장 내 괴롭힘’ 및 공공 분야 갑질 근절을 위한 가이드라인상 ‘갑질’은 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위 내지 사회·경제적 관



계에서의 우월적 지위를 이용할 것을 요건으로 한다. 또한 적어도 업무 관련 성과 관련한 요건을 요구하면서 ① 업무 관련성이 있는 상황에서 ② 업무상 필요성이 인정되지 않거나, 인정되더라도 사회통념상 상당하지 않을 경우에 성립하게 된다. 그런데 사용자의 인사 조치나 상급자의 업무 지시 등은 인사권 내지 노무지휘권의 일환으로 볼 수 있으므로 상당한 재량성을 가지고, 다만 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 있는 경우, 사회통념상 범위를 벗어나는 예외적인 경우에 한해 직장 내 괴롭힘 또는 갑질에 해당할 수 있다.

직장 내 괴롭힘 또는 갑질은 다양한 유형과 형태로 나타나고 있어 직장 내 괴롭힘 또는 갑질 여부는 당사자의 관계, 행위 장소(공개된 장소 여부 등) 및 상황(근무시간 여부, 대안이 없는 불가피한 행위 여부, 업무 내용, 시간 당사자와의 관계 등), 행위에 대한 피해자의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적인지 계속적인 것인지 여부 등 구체적인 사정을 참작하여 종합적으로 판단할 수밖에 없다.

그런데 상황에 따라 정당한 업무 지시인지, 직장 내 괴롭힘 또는 갑질인지 여부가 불분명하고, 그 경계에 놓인 경우가 많다. 또한 개인적 특성 및 처한 상황에 따라서 똑같은 상황에서 누군가는 불편해하고 스트레스를 받지만, 또 누군가는 문제없이 업무를 수행한다. 업무상 정당하더라도 행위자의 의도와 무관하게 받아들이는 사람의 판단에 따라 괴롭힘 또는 갑질이 될 수도 있다는 측면에서 문제된 행위를 피해자와 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 신체적·정신적 고통이나 근무 환경 악화가 발생할 수 있다는 점이 인정되거나 부당한 것으로 볼 수 있을 때 직장 내 괴롭힘 또는 갑질로 인정될 수 있을 것이다.

그렇다면, 직원이 상신한 보고서 12건 중 9건은 상신한 날 즉시 결재를 하고 나머지 3건에 대해서는 보고서 반려 시 반려 사유를 기재하거나, 해당 직원에게 구두로 설명한 사정 등을 토대로 갑질에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단한 대상판결의 결론은 수공이 가고 타당하다고 판단된다. 다만, 만약 반대로 직원이 상신한 보고서 12건 중 9건을 특별한 사유 없이, 별다른 설명과 피드백 없이 계속 반려하였다면 갑질에 해당하는 것으로 볼 수 있겠다.

직장 내 괴롭힘 금지 또는 갑질 피해자 보호라는 입법 및 가이드라인 제정 취지에 대해서는 백번 공감하고 직장 괴롭힘 또는 갑질은 반드시 근절되



어야 하지만, 부하 직원 또는 하급자의 업무 미숙이나 지시 불이행 등에 대한 상급자의 정당한 업무 지도 내지 업무 지시는 존중받고 인정되어야 한다. 이때 어떤 기준으로 상급자의 부하 직원 또는 하급자에 대한 업무 지도 내지 업무 지시를 정당한 것으로 판단할 것이냐의 문제와 관련하여 호주 공정 노동법이 “적당한 수단에 의한 합리적인 관리 조치(Reasonable management action carried out in a reasonable manner)는 괴롭힘이 아니다.”라고 명시한 부분을 참조할 수 있겠다.<sup>1)</sup> 물론 상급자의 업무 지도 내지 업무 지시가 적당한 수단에 의한 합리적인 관리 조치에 해당하는지 또한 판단의 영역에 속하는 것이지만, 결국 판례에서 제시하는 업무 능력의 증진, 직장 질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화단결, 근로자 의욕 증대, 업무 운영 원활화 및 경영 능력 증진 등 업무상 필요가 존재하고, 그 조치가 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 바라보았을 때 합리적이라면 직장 내 괴롭힘 또는 갑질에 해당한다고 보기는 어려울 것이다.

직장 괴롭힘 금지 입법 및 갑질 근절 가이드라인 제정 이후 직장 내 괴롭힘 또는 갑질의 다양한 유형과 판단 사례들이 축적되고 있고, 기업 현장뿐만 아니라 사회적으로 직장 내 괴롭힘 또는 갑질이 현저하게 줄어들고 있다는 점은 긍정적이지만, 아직 우리가 가야 할 길이 멀기에 노사 및 사회경제 주체들이 직장 내 괴롭힘 내지 갑질을 근절하고 분쟁을 예방하는 시스템을 더욱 공고히 할 수 있기를 기대해 본다.

권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

1) To avoid doubt, subsection (1) does not apply to reasonable management action carried out in a reasonable manner(FAIR WORK ACT 2009 - SECT 789FD (2)); 광윙희(2018), 「호주 직장괴롭힘 법(Fair work act)이 던지는 교훈」, 월간 『노동법률』(2018년 10월호 vol.329), (주)중앙경제.

# 근로관계의 종료

## 경영상 이유로 해고된 근로자에 대한 재고용의무의 발생시점과 위반의 효력 등

- 대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결 -

### 【판결요지】

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

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

### 1. 사건의 개요와 법적 쟁점

대상판결은 경영상 이유로 해고된 근로자(이하 ‘경영상 해고자’)에 대한 사용자의 우선 재고용의무(근로기준법 제25조 제1항: “제24조에 따라 근로자

를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.”)가 2007. 7. 1. 시행된 이래 이를 근거로 소를 제기하여 대법원에서 근로자의 청구를 인용한 최초의 사례이다. 대상판결의 사안을 보면, 근로자(이하 ‘X’)는 피고 사회복지재단에서 생활부업무 담당 생활재활교사로 근무하던 중 2010. 6. 1. 경영상 이유로 A와 함께 해고되었다.<sup>1)</sup> 피고 사회복지재단은 ① 2010. 12. 1. Y1을 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ② 2011. 7. 1. Y2를 사무행정업무 담당 생활재활교사<sup>2)</sup>로, ③ 2011. 8. 1. Y3을 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ④ 2011. 9. 1. Y4를 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ⑤ 2011. 10. 1. Y5를 생활부업무 담당 생활재활교사로, ⑥ 2011. 11. 1. Y6을 생활부업무 담당 생활재활교사로, Y7을 사무국장<sup>3)</sup>으로, ⑦ 2012. 2. 1. Y8을 생활부업무 담당 생활재활교사로, ⑧ 2013. 4. 1. Y9를 생활부업무 담당 생활재활교사로, Y10을 사무행정업무 담당 생활재활교사로, ⑨ 2013. 5. 1. Y11을 생활부업무 담당 생활재활교사로 각 채용하였다. 이에 X는 2016. 3.경 사용자를 상대로 근로기준법 제25조 제1항에 따른 우선 재고용의무를 위반하였다며 소송을 제기하였다.<sup>3)</sup> 최종적으로 X의 청구 일부인 ‘피고는 원고에게 고용의 의사표시를 하라.’, ‘2011. 11. 1.부터 고용의 의사표시를 할 때까지의 손해배상’은 인용되었고, 나머지는 기각되었다. 1심(인천지방법원 2014. 9. 25. 선고 2013가합17168 판결),<sup>4)</sup> 원심(서울고등법원 2016. 2. 5. 선고 2014나50038 판결) 및 대법원(대상판결)은 위와 같은 결론에서 크게 차이가 없으나 손해배상을 산정하기 위한 대상기간(또는 재고용의무 발생시점)과 손해배상액(중간수입공제 여부 및 한도)을 모두 달리 판단하였고, 대법원은 원심 판결 중

1) 이에 대해 근로자들(X와 A)은 해고무효확인의 소를 제기하였으나 패소하였다[인천지방법원 2012. 1. 26. 선고 2011가합7235 판결(원고 패)→서울고등법원 2012. 10. 19. 선고 2012나14434 판결(기각\_원고 패)→대법원 2013. 2. 28자 2012다107587 판결(심리불속행)].

2) 생활부업무 담당 생활재활교사가 퇴사하자 사무행정업무 담당 생활재활교사 C를 그 자리로 전보하고, C의 자리에 Y2를 채용하였다.

3) 청구 취지: 피고는 원고에게 고용의 의사표시를 하고, 2011. 7. 1.부터 고용의 의사표시를 할 때까지의 손해배상과 정신적 손해에 대한 위자료(500만 원)

4) 이에 대한 평석으로 강선희(2014), 『경영상 이유로 해고된 자의 우선 재고용의무』, 『노동리뷰』 12월호.

위 손해배상 청구 부분만 파기하여 서울고등법원으로 환송하였다. 이 글에서는 우선 재고용 조항의 법적 성격 및 위 손해배상과 관련된 부분을 순차로 살펴보고 나머지 부분은 지면의 한계로 생략한다.

## 2. 우선 재고용의무의 법적 성격

대상판결은 위 【판결요지】와 같은 내용으로 재고용의무가 있다고 판단하였고, 1심과 원심 모두 대상판결과 마찬가지로 경영상 해고자가 우선 재고용의무 규정을 근거로 사용자에 대하여 고용의무의 이행을 구할 수 있는 사법상 청구권으로서의 성격을 가진다고 판단하였다. 이론의 여지가 없어 보인다.

## 3. 우선 재고용의무의 내용과 위반의 효과(손해배상)

<첫째> 재고용의무의 이행절차를 정리하면 다음과 같다. (가)먼저 경영상 해고자에 대해 신규채용 통지 등으로 재고용될 의사가 있는지 여부를 확인하여야 한다(‘재고용 우선권을 갖는 근로자에게 개별적 통지의 방식으로 신규채용 절차를 고지’).<sup>5)</sup> → (나)경영상 해고자는 위 통지 등에 고지된 절차에 따라 재고용우선권(‘원하면’)을 행사한다(해고된 날로부터 3년 이내). 경영상 해고자가 반대의 의사를 표시하거나 이를 행사하지 않은 채 사용자에 대해 아무런 의사표시를 하지 않아 거부권을 행사한 것으로 볼 수 있다면, 사용자는 해당 근로자에 대해 재고용의무를 이행한 것이 된다. → (다)사용자는 근로자의 재고용우선권 행사에 고용의 의사표시(승낙의 의사표시)를 하여야 한다. 경영상 해고자가 다수이고 재고용우선권을 행사하는 자가 다수이나 채용대상 업무가 소수일 경우, 사용자가 객관적 채용기준에 따라 재고용우선권을 행사한 근로자들 중 일부를 고용하였다면 재고용의무를 이행한 것으로 볼 수 있다. 이 사건으로 돌아와 보면, 대상판결은 피고 사회복지재단이 해고근로자 X와 A에게 채용 사실과 채용 조건을 고지하여 고용계약을 체결할 의사가 있는지

5) 기존의 글(각주 4)에서는 ‘고지하고 이에 관한 의사를 확인’한다고 서술하였는데 재고용의무 위반 여부를 판단하기 위해서는 개별적으로 ‘고지’하는 것으로 족하고, 경영상 해고자에게 재고용의사가 있는지를 직접 확인해야 한다는 취지가 아니므로 오해의 여지가 있어 기존의 글을 수정한다.

확인하지 않은 채 여러 차례 생활재활교사를 채용하였으므로 우선 재고용의무를 위반한 것으로 보았다. 타당한 결과이다. 그런데 위 대상판결의 【판결요지】를 미루어 보면, “해고근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정”이 있다면 해고근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않고 제3자를 채용하였다도 우선 재고용의무를 위반한 것이 아니라는 취지로 해석되는데 이 부분은 의문의 여지가 있다. 경영상 해고자에게 개별적으로 통지하여 재고용 의사를 확인한 사실이 없는데 경영상 해고자가 고용계약 체결을 ‘원하지 않았을 것’을, ‘고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정’을 어떻게 확인할 수 있는지 의문이고, 경영상 해고자의 의사와 관계없이 위와 같이 추정하는 것이 타당한지도 의구심이 있다. 따라서 위와 같은 대상판결의 판시 내용은 적어도 ‘경영상 해고자에게 개별적 통지의 방식으로 신규채용 절차를 고지’한 후 다음 단계[위 (나)]에서 적용되는 것으로 해석해야 하고, 사용자가 이러한 절차를 이행할 수 없을 만한 사정(대상판결 “원고에 대한 해고 이후에 원고의 주소나 연락처가 변경되어 피고가 연락을 취하기 어려웠다고 볼 만한 자료는 없다.”)이 있다면 재고용의무 위반으로 보기 어려울 것이다.

<둘째> 재고용의무 발생시점과 손해배상의 대상기간(재고용의무 불이행에 따른 불법행위의 손해배상의 범위)의 문제이다. 1심은 생활부업무 담당 생활재활교사와 사무행정업무 담당 생활재활교사가 같은 업무라고 해석하고, X에게 개별적 통지하지 않고 신규채용 절차를 진행하였으므로 “두 명의 생활재활교사 신규채용이 이루어진 2011. 7. 1. 우선적으로 고용할 의무가 발생”하였으므로 이 시점부터 ‘고용의 의사표시’를 할 때까지 고용의무를 이행하였다면 근로자가 받았을 임금 상당액(경영상 해고되기 전 3개월 동안의 급여 평균액을 기준으로 함)을 손해배상으로 지급할 의무가 있다고 판단하였다(위 ②시점). 원심 고등법원은 신규채용 절차에 앞서 해고근로자에게 개별적 통지의 방식으로 채용절차를 고지하고 이에 관한 의사를 확인하여야 한다고 볼 근거가 없으므로 경영상 해고자가 ‘재고용을 원한다는 의사를 사용자에게 표시한’ 2012. 5. 17.<sup>6)</sup> 이후인 ‘2013. 4. 1.’에 피고가 정리해고 당시

6) X와 A가 각주1 해고무효확인 소송의 항소심인 서울고등법원에서 2012. 5. 11.자 항소이

의 업무인 생활부업무 담당 생활재활교사로 채용하였으므로 이때부터 우선 재고용의무가 발생하였다고 판단하였다(위 ⑧시점). 반면 대상판결은 위에 살펴보았듯이 근로자를 채용하면서 X에게 채용 사실을 고지하거나 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않았으므로 ‘아무리 늦어도’ 피고가 X와 A를 해고한 이후 X가 ‘해고 당시 담당하였던 생활부업무 담당 생활재활교사 업무에 2명째 채용한 2011. 11. 1.’ 무렵에 우선 재고용의무가 발생하였다고 보고 이때부터 손해배상을 지급해야 한다고 판단하였다(위 ⑥시점). 1심과 대법원은 맥락은 같으나 재고용의무의 대상업무인 ‘해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무’의 해석에서 달리 판단하였는데, 대법원은 근로기준법 제25조 제1항의 문언대로 X가 해고 시 담당했던 업무인 ‘생활부업무 담당 생활재활교사’로 판단하였다. 1심과 같이 확대해석하지 못한 점은 아쉬움으로 남는다. 필자는 기존의 글에서 고용의무 발생시점에 대해 최초의 신규채용이 이루어진 시점으로 보지 않고 두 번째 신규채용이 이루어진 시점으로 판단한 1심에 대해 문제를 제기하였고<sup>7)</sup>, 이는 대상판결에 대해서도 유사한 비판이 가능하다. 두 명이 경영상 해고되었으므로 두 명의 신규채용이 이뤄진 때가 개별 근로자들에게 확정적으로 손해가 발생한 시점이 될 것이고, 이는 ‘개별적인’ 손해배상을 산정하기 위한 시점의 문제이다. 대상판결이 이러한 취지에서 판단한 것으로 선회하여 해석하면 수긍할 만하다. 반면 사용자가 언제부터 재고용의무를 이행해야 하는지를 판단하는 ‘재고용의무 발생시점’은 전자와 차원을 달리하는 문제이다. 즉 사용자는 ‘해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우’에 최초이든 두 번째이든 상관없이 3년 이내에 우선 재고용의무가 발생하는 것이다. 따라서 우선 재고용 ‘의무의 이행시기’와 확정적 ‘개별적 손해의 발생시기’를 구별해야 한다고 본다.

<셋째> 재고용의무의 위반 효과이다. 대상판결은 파견근로자의 고용의무와 관련한 한국수력원자력 사건(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결)을 인용하면서 “사용자가 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판

유서에 재고용을 원한다는 전제로 한 주장과 표현이 있으므로 이 항소이유서가 피고에게 송달된 2012. 5. 17.에 피고에게 재고용을 원한다는 의사를 표시한 것으로 판단하였다.  
7) 청구 취지가 ‘2011. 7. 1.’부터이므로 이를 벗어나기는 했다.

결이 확정되면 사용자와 해고근로자 사이에 고용관계가 성립한다. 또한 해고근로자는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.”라고 판시하면서 피고가 근로기준법 제25조 제1항을 위반하여 X가 입은 ‘통상의 손해액은 피고가 우선 재고용의무를 이행하였더라면 원고가 받았을 임금 상당액’이라고 판단하였다. 필자가 위 <둘째>를 더불어 고려하여 재구성하면, ‘통상의 손해액은 피고가 재고용의무를 이행하여 원고가 재고용되었다면 받았을 임금 상당액’이다.

<셋째> 중간수입 공제 여부 및 한도이다. X는 2013. 4.부터 2013. 6.까지, 2013. 12.부터 2014. 4.까지 다른 직장에 취업하여 수입(중간수입)이 발생하였는데, 원심은 위 기간 중 휴업수당에 준하여 임금의 30%를 초과하는 중간수입이 발생하였으므로 이를 공제하고 임금의 70%(휴업수당)가 손해가 된다고 판단하였다. 반면 대상판결은 “사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 그 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. 한편 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다.”<sup>8)</sup>라고 전제하면서 ‘중간수입을 전부 공제’하여야 한다며 원심을 파기·환송하였다. 현행 노동법체계에서 고용의무를 부과하는 것은 위 우선 재고용의무 외에 불법파견 등에 있어서 사용사업주의 직접 고용의무(파견근로자 보호 등에 관한 법률 제6조의2)인데, 불법파견 즉시 고용의무가 발생한 경우 손해배상액 중 파견사업주에 해당하는 하도급업체로부터 받은 임금(중간수입에 해당) 전액을 공제하는 점에 비추어 보면 근로관계가 존속하지 않는 경우에는 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없어 전부를 공제해야 한다는 결론은 타당하다.

강선희(법학박사)

8) 대상판결은 후단 부분에 대해 대법원 1992. 7. 24. 선고 91다44100 판결 등을 인용하였다.

## 퇴직급여제도별 급여 산정에 대한 사용자의 책임 범위

- 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다207444 판결 -

### 【판결요지】

퇴직급여법의 입법 취지와 확정기여형 퇴직연금제도 관련 규정 내용, 확정기여형 퇴직연금제도와 퇴직금제도의 관계 등을 종합하면, 퇴직급여제도 중 확정기여형 퇴직연금제도가 설정된 사업 또는 사업장에서 사용자가 퇴직한 가입자에 대하여 그 가입 기간 동안 매년 납입한 부담금이 연간 임금총액의 12분의 1(부담금의 액수를 연간 임금총액의 12분의 1을 넘는 금액으로 정한 경우에는 그 금액)에 미치지 못하는 경우, 가입자인 근로자는 특별한 사정이 없는 한 퇴직일로부터 14일이 지난 후에는 사용자에게 직접 정당한 부담금액과 이미 납입된 부담금액의 차액 및 그에 대해 퇴직급여법에서 정한 지연이자를 지급할 것을 청구할 수 있을 뿐, 퇴직금제도에 따라 평균임금 재산정을 통해 계산하는 방식으로 추가 퇴직금의 지급을 청구할 수는 없다고 보아야 한다. 이때 확정기여형 퇴직연금제도에 따른 사업자의 미납 부담금액은 퇴직금제도에 따른 미지급 퇴직금액과 그 산정 방식 등의 차이로 그 구체적인 산정금액이 다를 수 있다.

퇴직금제도는 1961년 근로기준법 개정 시부터 시행된 이래 우리나라의 대표적인 퇴직 후 생활보장제도로 자리잡았다. 그 이후 2005년 「근로자퇴직급여 보장법」(이하 ‘퇴직급여법’)이 제정되어 퇴직급여 재원의 사외적립 등을 골자로 하는 퇴직연금제도가 도입되었고, 제도의 목적이 ‘퇴직 후’ 생활보장에서 근로자의 안정적인 ‘노후생활’ 보장으로 확장되었다(제1조 참조).

퇴직급여법은 퇴직급여제도를 확정기여형 퇴직연금제도(이하 ‘DB형 퇴직연금제도’), 확정기여형 퇴직연금제도(이하 ‘DC형 퇴직연금제도’) 및 퇴직금제도로 구분하고 있다. DB와 DC형 퇴직연금제도는 ‘연금’이라는 표현에서 알 수 있듯 일정한 요건(55세 이상, 가입 기간 10년 이상)을 갖추면 연금으로 분할 지급받는 것이 가능하다는 특징이 있다(제17조 제1항, 제19조 제2항 참조). 그러나 이러한 요건을 충족하지 못하거나 가입자가 원하는 경우 일시금으로 지급하여야 한다(제17조 제1항, 제19조 제2항 참조)는 점에서는 퇴직금



제도와도 유사한 측면이 있다. 그런데 퇴직급여법의 시행 역사가 비교적 짧고 평생직장의 개념이 흐려지면서 근로자가 연금 수급 요건을 갖추기가 현실적으로 쉽지 않은 점, DB와 DC형 퇴직연금의 급여를 원칙적으로 근로자가 지정한 개인형퇴직연금제도(이하 ‘IRP’)의 계정으로 이전하는 방법으로 지급하도록 규정하고(제17조 제4항, 제19조 제2항 참조) 이를 통해 근로자가 이직하더라도 종전 직장에서 적립한 퇴직연금을 이어서 계속 유지하거나 추가 적립할 수 있는 제도를 갖추고는 있으나 IRP 계정의 중도 해지가 가능해<sup>1)</sup> 퇴직연금을 사실상 일시금으로 지급받기가 용이한 제도적 허점이 존재하는 점 등으로 인해 실제로는 퇴직연금제도를 ‘연금’이 아닌 ‘일시금’으로 이용하는 경우를 흔히 볼 수 있다. 이처럼 퇴직연금의 급여를 일시금으로 지급받는다면 종래의 퇴직금제도와 별다른 차이가 없다고 볼 수 있다. 따라서 일시금으로 급여가 지급되는 경우를 전제로 한다면 근로자의 입장에서는 자신이 어떤 퇴직급여제도의 적용을 받는지보다는 퇴직 시 지급받는 구체적인 액수에 관심이 가기 마련이다.

DB형 퇴직연금제도의 경우, 확정급여형이라는 명칭에서 알 수 있듯 근로자에게 지급되는 급여의 수준이 사전에 결정되어 있다(제2조 제8호 참조). 퇴직급여법은 DB형의 ‘급여 수준’은 가입자의 퇴직일을 기준으로 산정한 일시금이 계속근로기간 1년에 대하여 30일분의 평균임금에 상당하는 금액 이상이 되도록 하여야 한다고 규정하고 있다(제15조, 제13조 제4호 참조). 즉, DB형 퇴직연금제도에 의하여 근로자가 지급받을 구체적인 급여의 액수는 ‘계속근로기간’과 ‘평균임금’을 변수로 하여 산정되는데, 이는 퇴직금 산정 방식(제8조)과 동일하다. 따라서 계속근로기간과 평균임금의 산정에 오류가 있어 위와 같은 급여 수준에 미달하는 급여가 지급되었다면, 근로자는 그 차액의 지급을 사용자에게 청구할 수 있다.

한편, DC형의 경우에는 사용자가 부담하여야 할 ‘부담금의 수준’이 사전에 결정되어 있을 뿐(제2조 제9호 참조), ‘급여 수준’에 대해서는 결정된 것이 없다. 퇴직급여법 제19조 제1항은 DC형 퇴직연금제도 설정 시 규약을 작성하도록 명하면서 규약의 필수 사항을 제시하고 있는데, 그 필수 사항은

1) IRP 계정의 중도 인출 사유는 법에서 제한하고 있으나(제24조 제5항), 해지를 제한하는 규정은 없는 실정이다.

DB형의 것을 상당수 준용하고 있으나, 급여 수준에 관한 제13조 제4호는 준용사항에서 제외되어 있다(제19조 제1항 제6호 참조). 대신 DC형은 확정기여형이라는 명칭에서 알 수 있듯이 사용자가 퇴직연금 재원에 대한 부담금의 수준을 확정하여 정하고 있다. 퇴직급여법은 사용자의 퇴직연금 재원에 대한 기여를 ‘부담금’이라고 칭하는데, DC형 퇴직연금제도를 설정한 사용자는 가입자의 연간 임금총액의 12분의 1 이상에 해당하는 부담금을 현금으로 매년 1회 이상 정기적으로 가입자의 DC형 퇴직연금제도 계정에 납입하여야 한다(제20조 제1항, 제3항 참조). 즉, 사용자는 근로자에게 최종적으로 지급될 급여 수준을 준수할 의무가 있는 것이 아니라 DC형 퇴직연금제도 계정에 납입할 ‘부담금의 납입 수준’을 준수할 의무가 있다. 이 경우 근로자가 최종적으로 지급받는 퇴직연금급여는 사용자가 납입하여 적립된 부담금에 더해 퇴직연금사업자인 금융기관이 이를 운용한(시쳇말로 ‘굴린’) 손익이 반영되어 결정된다. 즉, 근로자가 구체적으로 수령하는 DC형 급여를 결정하는 변수는 ‘부담금’과 그 ‘운용손익’이다. 적립금의 운용 방법은 근로자가 선정할 수 있으므로(제21조 제1항) 적립금 ‘운용손익’은 근로자가 자신의 투자 성향이나 자금의 사용 목적 등을 고려하여 내린 의사결정에 달려 있고, ‘부담금’은 사용자가 산정하는 ‘연간 임금총액’에 좌우된다. 따라서 DC형의 경우 급여액에 대한 사용자의 책임은 부담금에 국한될 뿐이다. 즉, 구체적으로 근로자가 지급받게 될 급여액의 수준에 대한 보장이 아니라 급여의 재원이 되는 부담금의 납입 수준에 대한 책임만 부담하는 것이다. 퇴직급여법은 사용자가 가입자에 대한 부담금을 (1) 그 납입 기일까지 미납한 경우 그 다음 날부터, 그리고 (2) 가입자의 퇴직 등 일정한 사유가 발생한 때에는 그날부터 14일 이내에, 미납 부담금 및 그에 대한 법정 지연이자를 해당 가입자의 확정기여형 퇴직연금제도 계정에 납입하도록 규정하고 있다(제20조 제3항, 제5항). 따라서 사용자가 ‘연간 임금총액’을 잘못 산정하여 부담금을 기준보다 적게 납입하였다면 근로자는 그 차액과 이에 대한 지연이자의 지급을 청구할 수 있다. 이 때 법정 지연이자의 이율은 부담금 납입 기일의 다음 날부터 위 퇴직 등의 사유 발생일로부터 14일(혹은 별도 합의일)까지는 연 10%, 그 이후부터는 연 20%이다(제20조 제5항, 제3항, 시행령 제11조 참조). 지연이자는 사용자가 적시에 적정한 부담금을 납입하지 않아 근로자가 박탈당한 부담금 운용에 대한 기회비용을 만회하는 데 목적이 있으므로 민사 내지 상

사 법정이율보다는 높게 설정되어 있다. 부담금의 납입 수준을 정하고 있는 방식은 근로자의 최종적인 수령액수를 정하고 있는 DB형 퇴직연금제도나 퇴직금제도와 구분되는 DC형만의 특징이라 할 수 있다. 계속근로기간은 별론으로 하고, DB형 퇴직연금제도나 퇴직금제도는 평균임금에 연동하고 있으므로 퇴직 시점을 기준으로 그 액수가 산정되며, 만약 특정 임금 항목을 평균임금 산정에 반영하지 않았다면 근로자로서는 평균임금을 재산정하여 퇴직급여의 지급을 청구할 수 있다. 그러나 DC형의 경우에는 부담금을 평균임금에 의해 산정하는 것이 아니므로 이러한 문제는 발생하지 않는다. 다만, 이미 납입된 부담금이 실제 연간 임금총액에 따라 산정되었는지가 문제 될 뿐이다.

대상판결에 기초하여 정리한 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 피고는 2012년 무렵 확정기여형 퇴직연금제도를 설정하였고, 피고의 근로자인 원고는 이에 가입되어 있었다. 피고는 2015년 5월 무렵부터 원고에게 퇴직급여법에서 정한 임금에 해당하는 추가금 등을 지급하였고도, 그 추가금 등을 연간 임금총액으로 고려하지 않은 채 산정한 부담금만을 원고의 DC형 퇴직연금제도 계정에 납입해 온 것으로 보인다. 원고는 2017년 1월 31일 퇴직하였고, 그 무렵 원고의 DC형 퇴직연금 계정에 그동안 피고가 납입하고 운용하여 적립된 988만 260원을 자신의 다른 계좌로 이전받았다. 원고는 퇴직금제도의 산정 방식에 따라(즉, 평균임금을 산정하여) 자신의 퇴직금을 계산한 다음 이 금액과 위 퇴직연금에 의해 지급받은 금액과의 차액에 대한 지급을 청구한 것으로 보인다. 원심은 원고의 이러한 청구를 인용하였으나, 대법원은 위 판결요지와 같은 이유로 원심판결 중 퇴직금 청구 부분을 파기환송하였다.

DB와 DC형 퇴직연금제도의 도입으로 퇴직급여제도가 총 3가지 유형으로 존재하나, 현실에서는 이 중 퇴직연금제도를 ‘노후 대비’용 연금으로 활용하기보다는 퇴직금과 같은 ‘퇴직 후의 생계’ 자금으로 이용하기 위해 사실상 일시금으로 지급받는 경우가 많다는 점에서 퇴직연금제도와 퇴직금제도의 차별성이 충분히 부각되지 않는 실정임은 앞에서 본 바와 같다. 이 사건 역시 DC형과 퇴직금제도 사이의 착시에서 비롯된 것이라 볼 수 있다. 그러나 퇴직급여제도는 (1) 퇴직금제도와 DB형의 경우 근로자에 대한 구체적인 지급액수에 대한 기준이 법정되어 있는 반면 (2) DC형의 경우 근로자에 대한

최종 지급액수가 아니라 그 전 단계에서의 부담금 납입액수에 대한 기준이 법정되어 있다는 근본적인 차이가 있다. 이러한 차이를 둔 이유는 적립금 운용에 의한 손익을, DB형은 사용자에게(퇴직금제도의 경우 사외적립 자체를 하지 않을 수 있다는 점에서 넓게 본다면 DB형과 같은 유형에 속한다고 볼 것이다), DC형은 근로자에게 귀속시키기 위함이라 할 수 있다. 위 판결요지에 따르면 대법원은 원심으로 하여금 평균임금을 재산정할 것이 아니라 미납부담금이 있는지, 그에 대한 지연이자는 얼마인지를 심리하도록 주문하였다. 이러한 점에서 대상판결은 어떤 퇴직급여제도가 적용되는지에 따라 사용자가 부담하는 급여에 대한 책임 범위가 ‘최종 급여 수준’과 ‘부담금 납입 수준’으로 구분될 수 있으며, 이 경우 급여와 관련한 추가청구의 심리 대상을 달리 보아야 한다는 점을 적절하게 지적한 판결이라 평가할 수 있다. 즉, 대상판결에 의하면 DC형이 적용되는 근로자의 경우에는 퇴직급여와 관련한 추가청구를 하고자 하는 경우 사용자의 부담금 납입 책임이 평균임금이 아니라 연간 임금총액에 연동된다는 점에서 그 입증의 대상이 DB형이나 퇴직금의 경우와는 상이하다는 점을 유의할 필요가 있다. 평균임금은 사유 발생일 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액에 기초하여 산정되나(근로기준법 제2조 제1항 제6호), 연간 임금총액은 문언 그대로 연간 지급된 임금의 총액을 뜻하는 데다, 연간 임금총액은 매년의 것을 별도로 산정해야 한다는 점에서 입증의 대상이 되는 기간이 외형상 확장된다고 볼 여지가 있다. 그러나 임금과 관련하여서는 종래 휴일, 야간, 연장근로수당이 노사간의 첨예한 대립이 발생하는 단골 쟁점이었는바, 시효로 소멸하지 않은 최장 3년치의 미지급 수당을 다투면서 이에 부수하여 퇴직근로자가 미지급 퇴직급여의 청구가 이루어지는 경우가 일반적이었고, 퇴직급여만을 별도로 청구하는 경우는 많지 않다는 점에서 실무상 DC형의 적용 대상 근로자라 하여 특별히 입증의 부담이 가중된다고 보기는 어려울 것이다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

## 근로기준법 제27조 해고사유 등의 서면통지 해석론

- 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다226605 판결 -

### 【판결요지】

근로기준법 제27조의 규정 내용과 취지를 고려할 때, 해고 대상자가 해고사유가 무엇인지 알고 있고 그에 대해 대응할 수 있는 상황이었다고 하더라도, 사용자가 해고를 서면으로 통지하면서 해고사유를 전혀 기재하지 않았다면 이는 근로기준법 제27조에 위반한 해고통지에 해당한다고 보아야 한다.

다툼의 내용이다. 갑은 H중공업과 1년의 기간을 정한 고용계약을 체결하고 H중공업 국제법무팀에서 근무하다 고용계약을 새로 체결하면서 근로계약기간의 종기를 따로 정하지 않았다. H중공업은 5년간 연속 최하위 근무평정을 받는 등 갑의 근무 능력이 불량하다는 이유로 갑을 해고하며 갑에게 계약 종료의 사유나 별도의 근거 규정이 기재되어 있지 않은 계약종료통지서를 교부하였다. 대상 판결은 갑에 대한 해고통지서에 해당하는 계약종료통지서에는 해고사유가 전혀 기재되어 있지 않았으므로 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제27조를 위반한 통지에 해당한다고 보아야 함에도, 이와 달리 갑이 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 적절하게 대응할 수 있는 상황이었다는 등의 이유만으로 해고 통지가 적법하다고 판단한 원심을 파기환송하였다.

해고사유 등의 서면통지에 관한 규정은 2007년 4월 근로기준법 전부개정에서 신설되었다. 근로기준법 제27조는 ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 하고, ② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하였다. 해고사유 등의 서면통지 입법 취지는 (1) 현행 근로자 해고 시 해고사유 및 시기를 명시하여 통지하도록 하는 규정이 없어 사용자가 일시적인 감정으로 근로자를 해고하는 경향이 있고, (2) 정당한 이유 없는 해고와 관련된 분쟁 해결에 어려움이 있으며, (3) 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 해고의 효력



이 발생하도록 함으로써 근로자 해고 시 신중을 기하도록 하여 근로자의 권익 제고를 기대할 수 있다는 것이다. 또한 2014. 3. 근로기준법 일부개정에서 사용자가 근로자에게 해고 예고를 하는 때에 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 이 법에 따른 해고사유 등 통지를 한 것으로 보는 규정을 신설하여(제3항), 사용자에게 해고예고와 별도로 해고사유와 해고시기를 통지해야 하는 의무를 면해 줌으로써 해고의 절차를 간명하게 하였다.

근로기준법 제27조 적용과 관련하여 대법원은 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이므로, 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있도록 해야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위 내용을 기재하여야 하며 징계 대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다는 해석론을 정립하고 있다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결).

다만 해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 하면 해고통지서에 징계사유를 축약해 기재하는 등 징계사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항에 위반한 해고통지라고 할 수는 없다는 견해를 밝히고 있다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다81609 판결). 원칙적으로 서면통지를 요하는 해고사유 및 시기는 구체적으로 명시되어야 하지만, 노동 현장에서 해고사유를 알고 있거나 명확하다는 이유로 불분명한 서면통지에 의한 해고가 이루어지고 있는 현실을 고려하는 것이다. 서면통지가 없는 구두 해고의 경우에는 해고의 서면통지를 규정한 근로기준법 제27조에 정면으로 위배되므로 절차적 정당성을 인정될 수 없을 것이다. 한편 해고사유의 서면통지 내용을 구체적이고 엄격하게 해석하면 사용자가 서면통지 과정에서 일부 내용을 누락하거나 축약하여 기재하는 등 해고사유를 불분명하게 통지하는 경우, 해고의 실질적 사유가 존재하고 근로자의 비위행위가 명확함에도 불구하고 절차적으로 위법하여 해고가 무효라는 법적 평가를 받게 된다. 이는 근로기준법 제27조의 입법 취지와는 무관하게 노동 현장의 법 감정에 비추어 부당하다고 평가될

가능성이 있다. 이러한 현실에서 법원은 서면통지에서 해고사유 등 일부 누락이 있거나 축약한 경우에는 해고사유의 존부와 경중을 따져 해고의 정당성을 판단하는 합목적적 해석을 한다.

근로기준법 제27조가 신설된 이후 법원은, 사용자가 근로자들에 대하여 해고통보를 함에 있어 해고통보서에 해임사유를 ‘징계해임’으로 기재하였을 뿐 그 해고사유를 구체적으로 기재하지 않았지만, 근로자들이 해고에 앞서 사용자로부터 징계사유가 구체적으로 명시된 인사위원회 출석 요구서를 수령한 바 있고, 그 후 개별 징계사유별로 반박하는 내용의 의견진술서를 인사위원회에 작성·제출한 사정 등에 비추어 보면, 근로자들은 해고통보서를 받기 이전부터 이미 해고사유를 알고 있었다 할 것이므로 해고함에 있어 그 통보서에 해고사유를 ‘징계해임’이라고만 기재하였다고 하여 해고사유를 명시하지 않은 것으로 볼 것은 아니라고 하였다(서울행정법원 2009. 5. 28. 선고 2008구합48718 판결). 나아가 징계 절차를 거치면서 해고자가 징계사유를 알고 있었다는 이유로 해고사유가 적시되지 않은 해고 서면통지의 적법성을 인정한 사례도 있다(서울행정법원 2012. 2. 16. 선고 2011구합2491 판결). 즉 근로자가 해고사유를 알고 있었다고 볼 수 있는 경우에는 해고사유를 축약하거나 전혀 기재하지 않았다 할지라도 해고사유 서면통지 요건 위반으로 보지 않는 것이다. 법원은 해고의 실체적 정당성(해고사유 및 경중)과 절차적 정당성(서면통지의 내용 및 해고 대상자의 인지 여부)을 비교형량하여 타당한 결론을 도출하고자 한다.1)

대상 판결의 판단 구조이다. 선례의 두 판결을 전제한다. 원칙적으로 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있도록 해야 한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결). 다만 해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다면 해고통지서에 해고사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항을 위반한 것이라고 볼 수 없다는 것이다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다81609 판결 참조). 대상 판결은 입법 취지에 따라 해고사유를 구체적으로 명시하여야 하지만, 해고의

1) 사용자의 구두 해고 및 불분명한 해고사유 통지에 대하여 ‘하자의 치유’ 법리를 원용하기도 한다(김동욱(2012), 「해고사유의 통지 정도와 서면통지 결여 하자의 치유 여부」, 『노동법학』 제42호, p.345).



실질적 사유가 인정되는 경우에는 해고사유의 서면통지 명시 정도를 탄력적으로 해석하여 해고의 정당성을 판단하는 종합적 태도를 취한다. 그러나 근로기준법 제27조의 규정 내용과 취지를 고려할 때, 해고 대상자가 해고사유가 무엇인지 알고 있고 그에 대해 대응할 수 있는 상황이었다고 하더라도, 사용자가 해고를 서면으로 통지하면서 ‘해고사유를 전혀 기재하지 않았다’면 이는 근로기준법 제27조에 위반한 해고통지에 해당한다고 보아야 한다고 판시하였다. 정리하면, 근로자에 대한 해고는 해고사유를 구체적으로 적시하고 해고시기를 명시하여 서면으로 통지해야 효력이 있다는 법규정을 재확인한 것이다.

노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)



## 통상해고의 정당성

- 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다253680 판결 -

### 【판결요지】

근로기준법 제23조 제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있다. 사용자가 취업규칙에서 정한 해고사유에 해당한다는 이유로 근로자를 해고할 때에도 정당한 이유가 있어야 한다. 일반적으로 사용자가 근무 성적이나 근무 능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, 사용자가 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 할 뿐 아니라, 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다. 이 때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 근로자의 지위와 담당 업무의 내용, 그에 따라 요구되는 성과나 전문성의 정도, 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 부진한 정도와 기간, 사용자가 교육과 전환 배치 등 근무 성적이나 근무 능력 개선을 위한 기회를 부여하였는지 여부, 개선의 기회가 부여된 이후 근로자의 근무 성적이나 근무 능력의 개선 여부, 근로자의 태도, 사업장의 여건 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.

「근로기준법」은 정당한 이유 없는 해고를 금지하고 있다(제23조 제1항). 그런데 「근로기준법」에서는 해고의 ‘정당한 이유’가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관하여 더 이상 규정하고 있지 않다. 따라서 해고의 정당성은 학설 및 판례를 통하여 그 법리가 형성되어 왔다.

「근로기준법」상 별도로 규정하고 있는 사용자 측 사정에 의한 해고(경영상 이유에 의한 해고, 제24조 및 제25조)를 별론으로 한다면, 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용되는 근로자 측 사정에 따른 해고는 크게 징계해고와



통상해고(징계와 무관한 해고)로 구분된다. 통상해고의 유형으로는 ① 업무 능력의 결여, ② 적격성(자격 등)의 결여, ③ 계약상 의무 위반, ④ 사생활의 비행 등이 거론되지만,<sup>1)</sup> ③과 ④의 경우에도 징계 절차를 통한 해고가 가능하다. 따라서 순수한 통상해고의 영역은 업무 능력 내지 적격성의 결여 또는 예외적으로 장기간 근로 제공이 불가능한 경우(구속 내지 수감 등) 등이 있는데, 이 가운데 법률 분쟁은 주로 업무 능력 결여에 따른 해고에서 문제 되고 있다. 대상 판결 역시 업무 능력의 결여로 인한 통상해고의 정당성이 다투어진 사례이다. 주요 사실관계를 요약하면 다음과 같다.

원고인 근로자들(2인)은 피고인 회사가 2010년부터 2015년까지 실시한 인사평가 결과, 유사 직(사무연구직 과장 이상 직위) 중 최하 순위에 해당하는 저조한 업무 실적을 받았으며, 이로 인하여 3~4차례의 직무 경고를 받은 바 있다. 이에 원고들은 장기간 실적 부진을 이유로 한 교육(10개월)을 받은 후 직무를 재배치 받았다. 그러나 직무 재배치 이후 실시된 평가(2016년 상반기 다면평가)에서도 업무 역량 부족이 지속적으로 지적되었으며, 이에 회사는 근로자들을 취업규칙에 근거하여 해고하였다.<sup>2)</sup> 원고들은 피고의 취업규칙상 해고 사유가 「근로기준법」 제24조에 위반되고 원고들에 대한 인사평가 기준이 불공정하였다는 것을 이유로, 이 사건 해고가 정당하지 않다고 소를 제기 하였다.

이에 대하여 1심 법원<sup>3)</sup>과 원심<sup>4)</sup> 그리고 대법원 모두 이 사건의 해고의 정당성을 인정하였다. 대상 판결에서 대법원은 “... 일반적으로 사용자가 근무 성적이나 근무 능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, 사용자가 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 할 뿐 아니라, 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어

1) 임종률(2021), 『노동법』(제19판), (주)박영사, pp.559-560.

2) 피고 취업규칙은 “근무 성적 또는 능력이 현저하게 불량하여 직무를 수행할 수 없다고 인정되었을 때”를 해고사유로 정하고 있다(제16조의1 제6호).

3) 울산지방법원 2017. 12. 6. 선고 2016가합23515 판결.

4) 부산고등법원 2018. 7. 4. 선고 2017나59164 판결.

상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다. …”라는 원칙을 제시하고 있다.

이러한 원칙하에 대법원은 ① 회사의 인사평가가 상대평가 방식을 취하고 있긴 하지만, 불합리성을 보완하고자 최저 등급에 대한 재량을 두었으며, ② 비교적 장기간의 인사평가(약 6년)를 근거로 충분한 기간의 직무교육을 실시하였고, ③ 교육 후 직무 재배치가 유사 업무에서 이루어졌으며, ④ 이러한 회사의 행위들이 해고 회피 노력 차원에서 일회적으로 실시되었고, ⑤ 직무 재배치 이후에도 원고들의 업무 역량 부족과 잘못이 여러 차례 반복되고, ⑥ 직무 재배치 이후의 원고들의 협조적 자세가 나타나지 않았고(업무향상계획서 제출 거부 등) 기타 개선 의지가 부족했다는 점 등을 이유로, 이 사건 해고는 정당하다고 판단하였다.

대상 판결을 살펴보면, 이 사건이 인사평가를 근거로 한 통상해고의 유효성을 인정하였다는 점은 명확하지만, 근래에 문제가 되어 왔던 ‘저성과자 퇴출 프로그램’을 통한 통상해고의 법리와는 분명한 차이를 두고 있다는 점을 확인할 수 있다. 최근에 법원에서 직무 능력 등을 이유로 한 해고의 정당성이 부정된 사건들을 살펴보면, ㉠ 상대평가 방식으로 저성과자 일반의 퇴출을 제도화하거나, 5) ㉡ 평가 결과에 따라 매년 반복적으로 단기간의 직무교육을 반복적으로 실시하거나, 6) ㉢ 직무교육 결과에 따른 불이익(감봉, 징계 등)을 미리 예정하고 있거나, ㉣ 기존의 직무와 연계되기 어려운 업무로 배치 전환을 하는 7) 등의 사실을 부당해고의 근거로 제시하고 있다.

결국 대상 판결은 ①~⑥의 사실들을 바탕으로, 원고들이 단순히 업무 능력이 부족한 것이 아니라 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없는 업무 능력의 결여가 있다고 판단한 것이다. 그러므로 이번 사건이 단순히 ‘대법원이

5) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016두38280 판결. 다만 이 사건에서 다루고 있는 저성과자 퇴출 프로그램의 도입에 관해서는 상대평가 방식으로 근로자 일반이 대상이 될 수 있는지 여부에 대한 직접적 판단보다는 이러한 변경이 취업규칙 불이익 변경에 해당하는지에 더 초점이 맞춰져 있다.

6) 서울행정법원 2020. 2. 6. 선고 2019구합50861 판결.

7) 서울행정법원 2018. 3. 15. 선고 2017구합68080 판결.



저성과자의 통상해고를 허용하고 있는 것'으로 오해되어서는 안 될 것이다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

## 경영상 해고에서 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’의 의미

- 대법원 2021. 7. 29. 선고 2016두64876 판결 -

### 【판결요지】

(1) 사용자가 일부 사업 부문을 폐지하고… 폐업으로 인한 통상해고로서 예외적으로 정당하기 위해서는, 일부 사업의 폐지·축소가 사업 전체의 폐지와 같다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되어야 한다. 이때 일부 사업의 폐지가 폐업과 같다고 인정할 수 있는지는 해당 사업 부문이 인적·물적 조직 및 운영상 독립되어 있는지, 재무 및 회계의 명백한 독립성이 갖추어져 별도의 사업체로 취급할 수 있는지, 폐지되는 사업 부문이 존속하는 다른 사업 부문과 취급하는 업무의 성질이 전혀 달라 다른 사업 부문으로의 전환배치가 사실상 불가능할 정도로 업무 종사의 호환성이 없는지 등 여러 사정을 구체적으로 살펴 종합적으로 판단하여야 한다.

(2) 해고대상자 선정기준은 단체협약이나 취업규칙 등에 정해져 있는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 하고, 만약 그러한 기준이 사전에 정해져 있지 않다면 근로자의 건강상태, 부양의무의 유무, 재취업 가능성 등 근로자 각각의 주관적 사정과 업무능력, 근무성적, 징계 전력, 임금 수준 등 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시키되, 근로자에게 귀책 사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준을 설정하여야 한다. 경영상 이유에 의한 해고에 앞서 전환배치를 실시하는 경우 전환배치대상자 선정기준은 최종적으로 이루어지는 해고대상자 선정에도 영향을 미치게 되므로, 전환배치 기준은 해고대상자 선정기준에 준하여 합리성과 공정성을 갖추어야 하고, 이에 관한 증명책임 역시 이를 주장하는 사용자가 부담한다.

경영상 이유에 의한 해고(이하 경영상 해고)는 근로자의 일신 내지 행태

1) 대상판결에서는 경영상 이유에 의한 해고를 ‘정리해고’라고 표현하고 있다. 1997년 이전 법령에 의하여 ‘경영상 이유에 의한 해고’라는 용어가 도입되기 이전, 판례에서는 정리해고라는 통상적인 표현을 그대로 사용하여 왔으며, 이는 현재까지 이어지고 있다. 그러나 법문에 의하여 명확히 ‘경영상 이유에 의한 해고’라는 용어가 도입되었다는 점, 근



상 이유가 아닌, 사용자 측의 경영상 사정에 의한 해고이다. 따라서 「근로기준법」은 해고 보호의 일반 원칙(해고의 정당한 이유, 해고의 예고 등)과 별도로 그 법적 기준과 절차를 별도로 규정하고 있다. 경영상 해고가 정당하기 위해서는 ‘긴박한 경영상의 필요성’, ‘해고 회피 노력’, ‘해고대상자 선정에 있어서 합리적이고 공정한 기준’, ‘근로자대표에게 50일 전 통보 및 성실한 협의’가 있어야 한다(「근로기준법」 제24조). 그런데 이러한 요건들의 구체적인 내용은 확정적·고정적이지 않으며, 개별 사건별로 판례에 의하여 결정된다.<sup>2)</sup>

대상판결은 사업의 일부(통신사업부)를 폐지하면서 소속 생산직 근로자들을 해고한 뒤 그 정당성을 다툰 판례이다. 이 사건 원고는 상시근로자 약 945명을 고용하여 전기기기 및 부품, 변압기, 케이블 및 케이블 접속재 등을 제조하는 회사로, 안산(반월)공장, 수원공장, 홍성공장 등을 운영하여 왔다. 그런데 2014년 12월 29일 안산(반월)공장 통신사업부를 폐지하면서 해당 근로자들에게 ‘취업규칙 제31조 제1항에 의거 사업부 폐지에 따라 경영상 해고한다.’는 내용의 해고통지를 하였다.<sup>3)</sup> 이에 해당 근로자들은 이 사건 해고가 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 노동위원회에 구제신청을 하였고, 이 가운데 부당해고 구제신청이 인용되었으며, 이후 회사 측의 불복으로 법원의 판단을 받게 되었다.<sup>4)</sup>

이 사건 해고를 둘러싼 법원의 판단에서 쟁점은 크게 두 가지로 요약된다. 우선 ‘사업의 일부라도 독자적인 사업부문 전체를 완전히 폐지하는 경우’인 이 사건 해고가 사업 폐지에 의한 통상해고에 해당하는지 여부이다.<sup>5)</sup> 그다

---

로자를 단순히 정리의 대상으로 인식하는 듯한 표현 등을 감안할 때 ‘정리해고’라는 용어를 그대로 판례에서 사용하는 것은 지양되어야 할 것이다. 이하에서는 판례의 판단에서 사용한 정리해고라는 용어를 ‘경영상 해고’로 변경하여 사용한다.

- 2) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.
- 3) 원고는 희망퇴직을 신청하지 않은 생산직 근로자 13명 중 7명을 원고의 수원전선공장 및 안산(반월)공장의 재료사업부 등으로 전환배치하고, 나머지 인원인 6명의 참가인들을 해고하였다.
- 4) 경기지방노동위원회는 2015. 3. 6. 이 사건 해고가 부당노동행위에 해당하지는 않으나, 근로기준법 제24조에 따른 ‘경영상 이유에 의한 해고’의 요건을 갖추지 못하였다고 판단하여 부당해고 구제신청만을 인용하였다. 이에 대하여 회사와 해당 근로자들은 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나, 중앙노동위원회는 2015. 6. 22. 원고와 참가인들의 재심신청을 모두 기각하였다.
- 5) 경영상 해고는 기업의 유지·존속을 전제로 한 해고이다. 그러므로 사업폐지를 위한 청

음으로 통상해고가 아닌 경영상 해고인 경우, 각 요건을 충족하였는지 여부이다. 이에 관해서는 사실관계상 다른 요건들도 다투어졌지만, 법리적 관점에서 경영상 해고에 있어서 합리적이고 공정한 기준으로 해고 대상자를 선정하는 것이 어떠한 기준과 범위에서 이루어져야 하는지 여부가 면밀하게 검토되었다.

이 사건의 1심 법원<sup>6)</sup>은 이 사건 해고가 경영상 해고로서, ‘긴박한 경영상 필요성’이 없음은 물론, 합리적이고 공정하게 전환배치 대상자나 경영상 해고 대상자를 선정한 것으로 보기 어렵고 노동조합과 성실히 협의하였다고 보기 어렵다고 판단하였다. 하지만 원심 법원<sup>7)</sup>은 통신사업부가 독립한 별개의 사업체라고 판단하고, 통신사업부의 폐지를 이유로 한 이 사건 해고가 통상해고로서 정당한 해고에 해당하며, 경영상 해고라 하더라도 요건을 모두 갖추었다고 판단하였다. 이에 대하여 대법원은 원고의 통신사업부를 존속하는 다른 사업부와 독립한 별개의 사업체로 보기 어렵다고 판단하여 이 사건 해고는 경영상 해고에 해당하며, 해고 당시 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 보기 어렵고 원고가 해고회피노력을 다하지 않았으며 합리적이고 공정한 해고 대상자 선정이 이루어지지 않는 등 이 사건 해고가 경영상 해고의 요건을 충족하지 못한 부당해고에 해당한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 법리오해 등을 이유로 파기환송하였다.

경영상 해고는 기업의 유지·존속을 전제로 귀책 사유가 없는 근로자들을 해고하는 것이다. 그러므로 법인 단위에서 그 판단이 이루어지는 것이 원칙이다. 즉, 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계가 분리되어 있으며 경영 여건도 달리하는 예외적인 경우가 아니라면 ‘긴박한 경영상 필요’ 역시 전체 법인 단위로 판단하는 것이 판례의 입장이다.<sup>8)</sup> 대상판결은 “일부 사업의 폐지·축소가 사업 전체의 폐지와 같다고 볼 만한 특별한 사정”이 인정되지 않는 한 일부 사업의 폐지·축소를 이유로

---

산과정에서 근로자를 해고하는 것은 경영상 해고에 해당하지 않고, 해고의 일반적 법리(소위 통상해고)로서 정당성 여부를 판단하게 된다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003 다 44363 판결). 그런데 이러한 법리가 기업의 일부 사업폐지의 경우에도 그대로 적용될 수 있는지 여부가 이 사건의 쟁점 중의 하나였다.

6) 서울행정법원 2016. 6. 2. 선고 2015구합70874 판결.  
 7) 서울고등법원 2016. 12. 1. 선고 2016누50357 판결.  
 8) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두 25873 판결.

한 통상해고는 허용되지 않는다고 판단하였다. 이는 과거 ‘긴박한 경영상 필요성’에 관하여, 법인의 전체적인 관점에서 판단하여야 한다는 대법원 판례와 유사하다.<sup>9)</sup> 대상판례에서는 이 사건 해고가 통상해고로서 허용되지 않는다고 판단함은 물론, 법인의 전체의 경영사정을 종합적으로 검토할 때 ‘긴박한 경영상의 필요성’도 없다고 보았다.

한편, 대상판결에서는 해고대상자 선정기준 등에 있어서 주목할 만한 기준들을 제시하고 있다. 우선 “경영상 이유에 의한 해고가 근로자에게 귀책사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준 설정”을 제시하였다는 점이다. 기존의 하급심 판결에서 해고 대상자 선정에서의 사회적 보호 필요성을 강조한 경우는 있지만,<sup>10)</sup> 대법원에서 사용자의 이익 측면과 근로자의 생활보호적 측면을 적절하게 조화시키는 것이 요구된다는 점을 확인한 것은 처음인 듯하다. 또한 「근로기준법」 제23조 제2항에서는 ‘합리적으로 공정한 해고의 기준’을 정할 것을 규정하였는데, 이는 단순히 최종적인 해고의 기준에서만 적용되는 것이 아니라 전체 해고 과정에서의 합리적이고 공정한 기준을 의미한다는 점도 확인하고 있다. 이 사건과 같이 해고 회피노력의 일환으로 전환배치가 실시되는 경우, 이러한 기준은 실질적으로 해고대상자 선정에까지 영향을 미치므로 당연히 ‘합리적이고 공정한 기준’을 갖추어야 하기 때문이다.

이처럼 대상판결은 그동안 경영상 해고 사건에서 명확하게 제시되지 못해

9) 물론 경영상 해고로서 ‘긴박한 경영상 이유’를 판단하는 것과 통상해고로서 판단하는 것은 그 법적 성격을 달리한다. 기업이 유지·존속되는 경우, 법인이 분리되지도 않은 사업의 일부 폐지를 통상해고로 본다는 것은 「근로기준법」 제24조의 다른 요건들에 대한 판단이 필요하지 않기 때문이다. 따라서 이러한 법리에 따르면, ‘특별한 사정’이 있는 경우 사업의 일부 폐지가 통상해고로서 가능하다고 볼 수 있는데, 그때의 ‘특별한 사정’이 ‘긴박한 경영상 이유’와 동일하다고 보는 것은 타당하지 않다. 대상판결에서도 ‘긴박한 경영상 이유’의 판단 법리에 추가하여 “폐지되는 사업 부문이 존속하는 다른 사업 부문과 취급하는 업무의 성질이 전혀 달라 다른 사업 부문으로의 전환배치가 사실상 불가능할 정도로 업무 종사의 호환성이 없는지”를 판단해야 한다고 보고 있다. 이처럼 사업 일부 폐지에 의한 통상해고가 가능하다면, ‘긴박한 경영상의 필요성’ 판단과 비교할 때 ‘특별한 사정’을 보다 엄격하게 판단할 수 있는 법리를 구성하는 것이 필요하다.

10) 에컨대 1995. 12. 15. 선고 94가합10586 판결(다만, 이 판결은 경영상 해고에 대한 법정 요건이 도입되기 이전의 판결임).



왔던 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’에 관한 기준과 범위에 대한 법리를 제시하고 있다. 향후 사건들에서도 이러한 법리가 적용되어 경영상 해고에 있어서 하나의 원칙으로 안착될 것인지 주목할 필요가 있다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

## 정년 도래, 근로계약기간 만료 등 이후에 부당정직 등 구제신청과 구제이익

- 대전고등법원 2021. 6. 18. 선고 2020누12481 판결 -

### 【판결요지】

부당해고 등 불이익처분에 대한 노동위원회의 행정적 구제절차는, 일반적으로 우월한 지위에 있는 사용자와 그렇지 않은 근로자 사이에 경제적 불균형이 심하고 증거의 편재와 정보 접근성의 현저한 차이로 인하여 권리를 주장하는 자가 권리발생의 요건사실을 주장·증명하여야 하는 민사소송에서는 근로자가 부당해고 등을 주장·입증하기는 쉽지 않다는 고려에서 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하는 데에 그 제도적 취지와 의의가 있다고 할 것이다.

사용자와 근로자 사이의 불균형을 완화하고 경제적 내지 사회적인 면에서 상대적으로 열악한 지위에 있는 근로자를 보호하기 위해서는 근로기준법 제30조 제1항의 노동위원회 구제제도를 폭넓게 적용할 필요가 있다. … 근로자가 반드시 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료되기 전에 구제신청을 하여야 한다면, 결국 정년이 임박한 근로자 또는 통상 2년 이하로 근로계약기간을 정하는 기간제근로자들의 경우에는 구제신청 기간이 근로기준법이 보장하는 기간인 3개월이 아니라 잔존 근로기간으로 한정되는 결과를 초래하므로, 열악한 지위에 있는 근로자를 부당해고 등으로부터 보호하고자 하는 근로기준법의 취지에도 반하게 된다.

### 1. 사건 개요

A공사는 2018. 12. 27. 원고에 대하여 정직을 의결하였고 원고는 같은 달 31. 정년퇴직하였다. 원고는 정직으로 성과급이 감액되었으므로 정직을 다룰 구제이익이 있다며 2019. 1. 3. 부당정직 구제신청을 하였다. 전남지방노동위

원회는 원고의 정년퇴직으로 근로관계가 종료되었으므로 원고에게 구제명령을 받을 이익(구제이익)이 없으며 그 신청을 각하하였고, 중앙노동위원회는 원고의 재심신청을 기각하였다. 그런데 원고가 제기한 재심 판정취소의 소에서 제1심판결은, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능하게 된 경우에 해고기간의 임금상당액을 지급받을 필요가 있으므로 임금상당액 지급의 구제이익이 유지되는데, 이는 이미 정년퇴직한 근로자가 종전의 정직기간에 받지 못하였거나 감액된 임금상당액의 손실을 회복하기 위해 부당정직 구제신청을 한 경우에도 마찬가지라하며 원고의 청구를 받아들였다.) 한편 대상판결은, 피고(중앙노동위원회 위원장)의 ‘추가 주장’, 즉 근로자가 부당정직 구제신청을 하여 정직의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능한 경우와는 달리, 구제신청 당시 이미 위와 같은 사유로 원직복직이 불가능한 경우에는 근로자가 부당정직의 효력을 다투던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리할 필요성이 없어 구제이익이 없고, 해고가 아닌 정직기간의 임금상당액 지급을 바라는 원고의 구제신청은 법적 근거도 없다는 등의 주장을 물리치고, 부당정직 구제신청 당시 이미 정년이 지난 원고에게 정직기간의 임금상당액 지급에 관한 구제이익이 있다는 판단을 보충하였다.)

- 
- 1) 제1심판결(대전지방법원 2020. 8. 26. 선고 2019가합105114 판결)은, 나아가 노동위원회 구제명령은 사용자에게 그에 복종해야 할 공법상 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 사용자가 구제명령을 이행하지 않으면 이행강제금이 부과되며(근로기준법 제33조), 확정된 구제명령을 이행하지 않는 자는 형사처벌 대상이 되는(같은 법 제111조) 등 구제명령은 간접적인 강제력을 가지므로, 근로자가 구제명령을 통해 유효한 집행권원을 획득하는 것은 아니지만, 해고기간의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있으므로, 이를 위해 재심 판정의 취소를 구할 소의 이익도 인정된다고 하였다.
  - 2) 대상판결은 피고의 ‘추가 주장’에 관한 판단을 보충하는 것 외에는 제1심판결의 판결이 유를 그대로 인용하였다. 대상판결에 대하여 상고심(대법원 2021두46285) 절차가 진행 중이다.



## 2. 구제이익 관련 판례변경과 근로기준법 개정

1) 오랫동안 판례는 부당하고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능하게 된 경우, 구제이익을 부정했었다. 그러한 판례의 태도는 많은 비판을 받았었는데, 지난해 드디어 판례변경이 있었다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결. 이하 “변경판례”라 한다).<sup>3)</sup> 이 판례변경으로 부당하고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르는 등의 사유가 있어도 구제이익을 인정할 수 있게 되었다.

2) 변경판례의 취지는 「근로기준법」(이하 “근로기준법”이라 한다) 개정(2021. 5. 18. 개정, 11. 19. 시행)으로 이어졌다고 할 수 있다. 개정 근로기준법 제30조 제4항(신설)에서 “노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기간결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당하고 등이 성립한다고 판정하면 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.”고 함으로써, 구제신청을 하여 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(근로기준법 제23조 제1항. 이하 “해고 등” (“해고가 아닌) 정직 등”이라 한다.)의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료된 근로자의 구제이익에 관한 논란은 정리되었다고 할 수 있다.

## 3. 대상판결의 의의와 개정 근로기준법의 적용에서 쟁점

대상판결은 변경판례, 근로기준법이나 노동위원회 구제절차의 취지, 나아가 근로기준법의 개정 취지와 내용에도 부합한다. 한편 판례변경에 이은 근로기준법 개정으로 원직복직이 불가능한 경우의 구제이익과 관련한 쟁점이

3) 대상판결의 판단대상인 재심 판정은 판례변경 전인 2019. 6. 28.에, 제1심판결은 그 후인 2020. 8. 26.에 있었다. 과거 중앙노동위원회는 변경판례의 취지와 같이 판정한 적도 있었으나(예를 들어, 중노위 2016. 1. 28. 중앙2015부해1101), 그러한 판정을 일관되게 계속하지는 않았었다.

상당 부분 해소되기는 하였으나, 개정 근로기준법의 적용에서 아직 남은 쟁점이 몇 가지 있다.

1) 대상판결은, 정년에 이르거나 하여 원직복직이 불가능하여도 정년 이전 부당정직에 대하여 구제이익을 인정할 수 있다고 하였다. 노동위원회가 부당해고 등에 대하여 합목적적으로 판단할 수 있어야 행정적 구제절차의 본래 취지, 즉 탄력적이고 실효성 있는 구제의 목적을 달성할 수 있으므로, 해고가 아닌 정직에 대해서도 정직기간의 임금상당액 지급 등을 명할 수 있어야 그 목적을 달성할 수 있다. 따라서 해고가 아닌 정직기간의 임금상당액 지급을 바라는 구제신청은 법적 근거가 없다는 피고의 추가 주장은 노동위원회 구제절차의 본래 취지를 스스로 부정하는 것이었다. 대상판결이 그러한 주장을 물리친 것은 타당하다. 개정 근로기준법에서 부당해고는 물론 부당정직 등에 대하여 정년에 이르는 등의 사유로 원직복직이 불가능하여도 구제이익을 인정하고 있으므로, 대상판결과 같은 사안은 입법으로 해결되었다고 할 수 있다.

2) 대상판결은, 구제신청의 제척기간(3개월)이 지나기 전에 구제신청을 하였다면 부당해고 등 구제신청 당시 이미 정년이 지났거나 하는 등의 사유가 있어도 구제이익을 인정할 수 있다고 하였다. 반면 피고는 구제신청을 하여 정직의 효력을 다투던 중 정년이 지난 경우가 아닌, 대상판결의 사안처럼 구제신청 당시 이미 정년이 지난 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 주장하였고, 피고의 주장처럼 앞의 경우에만 구제이익을 인정할 수 있다는 견해도 있었다.<sup>4)</sup> 아마도 구제신청 당시 이미 정년이 지났거나 근로계약기간이

4) 중앙노동위원회(2020), 『주제별 판례 분석집(개별적 근로관계)』 전면 개정판, p.152에서는 판례변경에도 불구하고 뒤의 경우에는 각하 판정을 하여야 한다고 하였다. 박은정·권오성(2020), 「부당해고구제신청의 구제이익과 소의 이익-대법원 2020.2.20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결」, 『법학논집』, 24(3), 이화여자대학교 법학연구소, p.375에서는 뒤의 경우에도 구제이익을 인정하는 것은 부당한 해고로부터의 구제라는 부당해고 구제신청 제도의 본래의 취지를 넘는 것으로 생각된다고 하였다. 다만 모두 근로기준법 개정 전의 견해이기는 하다. 한편 실제 개별 사건에서 각하 판정만 이루어지는 것 같지는 않다. 예를 들어, 서울지노위 2021.3.12. 서울2021부해87 판정은 2020.12.12.까지 근무하기로 계약기간을 정한 근로자가 2020.11.30. 해고되어 2021.1.13. 부당해고 구제신청을 한 데 대해, 계약해지에 대해 다투려는 계약기간 만료를 앞둔 기간제근로자의 구제이익을 부정한다면 부당한 해고인지에 관한 판단의 기회조차 부여하지 않은 채, 기간제근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다고 하였다.

끝났다면 그때까지의 임금상당액 지급에 대한 구제명령만이 가능한데, 그것은 민사(법원의 판단)의 영역이지 행정적 구제절차의 영역은 아니라고 보기 때문인 것 같다. 그러나 노동위원회 구제절차는, 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하는 데에 그 제도적 취지와 의의가 있는 점, 다양한 노사분쟁에 대하여 노동위원회가 합목적적으로 판단할 수 있어야 행정적 구제절차의 본래 취지, 즉 탄력적이고 실효성 있는 구제의 목적을 달성할 수 있는 점, 그리고 근로자가 반드시 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료되기 전에 구제신청을 하여야 한다면, 결국 정년이 임박한 근로자 또는 통상 2년 이하로 근로계약기간을 정하는 기간제근로자의 경우에는 근로기준법이 보장하는 구제신청의 제척기간(3개월)이 잔존 근로기간으로 한정되는 결과를 초래하므로, 부당하고 등으로부터 열악한 지위에 있는 근로자를 보호하려는 근로기준법의 취지에도 반하게 되는 점 등 대상판결의 해석론과 결론이 위와 같은 주장이나 견해보다 더 타당하다고 본다. 이러한 대상판결의 해석론과 결론은 개정 근로기준법의 적용과도 관련 있다(아래 3) ①).

3) 개정 근로기준법의 적용과 관련하여 ① 개정 근로기준법 제30조 제4항은, 변경판결의 사안처럼 구제신청을 하여 해고 등의 효력을 다투던 중에 정년에 이르는 등의 경우만이 아니라, 대상판결의 사안처럼 구제신청 당시 이미 정년이 지났거나 하는 등의 경우에도 구제이익을 인정할 수 있는지에 대해서는 명시하지 않았다. 만약 대상판결의 사안과 같은 경우에도 구제이익을 인정하려는 취지의 개정이라면 더는 논란이 없겠지만, 해당 규정만으로는 그러한 개정인지를 명확히 알 수 없다. 그런데 대상판결은 뒤의 경우에도 구제이익을 인정할 수 있다고 하였다. 대상판결은 근로기준법 개정 및 시행 전 판결이지만, 개정 근로기준법의 해당 규정을 대상판결과 같이 해석하고 적용하는 것이 타당하다고 본다. ② 개정 근로기준법은, 원직복직이 불가능하여도 임금상당액 지급 등의 구제이익을 인정할 수 있는 사유를 “근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등”이라고 하여 근로계약기간 만료, 정년 도래를 구체적인 예로서 명시하였다. 근로계약기간 만료, 정년 도래 외에도 자발적 사직(퇴직), 당연퇴직(면직), 사업의 폐업 등 그 명칭을 불문하고 객관적으로 원직복직이 불가능한 사유라면, 구제이익을 인정할 수 있는 사유로 보아야

할 것이다.)<sup>5)</sup>

장영석(전국언론노동조합, 법학박사)

---

5) 강선희(2020), 『해고기간 중의 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익이 있다-대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결』, 『노동리뷰』 4월호, 한국노동연구원, p.90에서는 해고를 다투던 중에 사직, 폐업, 박은정·권오성, 앞의 글, p.369에서는 회사의 폐업을 들고 있다. 중노위 2021. 2. 8. 중앙2020부해1717 판정도 2020. 4. 2. 정직2개월 처분을 받고 정직기간 종료 후 사직서를 제출하여 6. 23.자로 퇴사한 다음 부당정직 구제신청을 한 데 대해, 사직서 제출이 정직기간에 대한 임금 상당액의 권리를 포기한 것으로 보기 어렵고, 민사소송과 별개로 신속·간이한 구제 절차를 둔 취지에 비추어 구제이익이 있다고 하였다.

# 노동조합

## 공정대표의무의 존재이유

- 단체협약 잠정합의안 찬반투표 절차와 소수노조 배제의 문제 -

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

### 【판결요지】

공정대표의무는 단체교섭의 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체교섭의 과정에서도 준수되어야 하고, 교섭대표노동조합으로서 단체협약 체결에 이르기까지의 단체교섭 과정에서도 소수노동조합을 절차 면에서 합리적인 이유 없이 차별하지 않아야 할 공정대표의무를 부담한다. 공정대표의무를 절차적으로 적정하게 이행하기 위해서는 기본적으로 단체교섭 및 단체협약 체결에 관한 정보를 소수노동조합에 적절히 제공하고 그 의견을 수렴하여야 한다.

다만 단체교섭 과정의 동적인 성격 및 실제 현실 속에서 구현되는 모습, 노동조합법에 따라 인정되는 대표권에 기초하여 교섭대표노동조합 대표자가 단체교섭 과정에서 어느 정도의 재량권 등을 가지는 점 등을 고려하면, [...] 교섭대표노동조합이 단체교섭 과정의 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.



교섭대표노동조합이 사용자와 단체교섭 과정에서 마련한 단체협약 잠정합의안에 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.

원고/항소인/(피)상고인(이하 ‘원고’)은 금속 관련 산업에 종사하는 근로자를 조직대상으로 하여 설립된 전국단위 산업별 노동조합이며 사건의 각 사업장에 지회를 두고 있다. 각 사업장에는 기업별 노동조합 역시 조직되어 있어 원고는 해당 기업별 노조와 교섭창구 단일화 절차를 거치게 되었는데 기업별 노조가 교섭대표노동조합으로 결정되고 원고의 지회는 소수노조가 되었다. 하급심 및 대상판결에서 다루어진 법적 쟁점은 여러 가지가 있지만 본 리뷰가 집중하는 쟁점은 「노동조합 및 노동관계조정법」 제29조의4에 따라 교섭대표노조가 부담하는 공정대표의무의 범위이다. 특히 교섭대표노조가 자신의 규약상 단체협약 잠정합의안에 대한 조합원의 찬반투표 규정을 두고 있는 경우 이 절차에 소수노조 조합원의 참여를 배제하는 것이 공정대표의무 위반에 해당하는가의 문제이다.

노동조합법 제29조의4 제1항은 ‘합리적 이유 없는 차별’을 금지하고 있을 뿐 공정대표의무를 부담하는 주체, 공정대표의무의 대상이나 적용 영역, 공정대표의무를 이행하는 과정이나 절차, 이행 정도 등에 관해서는 규정하지 않는다. 교섭대표노조가 단체협약의 적용과 관련되는 실체적 부분뿐만 아니라 교섭과정이라는 절차적 부분까지 공정대표의무를 부담하는지도 규정하지 않는다. 이 부분은 전적으로 해석에 맡겨져 있다.<sup>1)</sup> 대상판결은 “공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합(소수노동조합)에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다.”고 본다.<sup>2)</sup>

1) 대상판결의 원심: 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2057671 판결.

2) 공정대표의무에 대한 이러한 이해는 대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결에서

판례의 관점을 조금 더 이론적으로 풀어보면 공정대표의무는 독자적인 노조로서 교섭대표노조에게 요구되는 민주성 요건의 발현으로 이해할 수 있을 것이다.<sup>3)</sup> 교섭대표노조는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 소수노조의 단체 교섭권한과 단체협약 체결권한을 위임받은 것이 아니다.<sup>4)</sup> 교섭대표노조는 노조법에 의한 위임에 터잡아 독자적인 단체교섭과 단체협약 체결권의 주체(당사자)가 된다. 그렇다면 교섭대표노조는 협약당사자로서 노조에게 요구되는 노조법 제2조 제4호의 요건을 모두 충족해야 한다.<sup>5)</sup> 교섭대표노조의 주체성, 자주성, 목적성은 비교적 손쉽게 확인될 수 있다. 다만 총회규정을 별도로 두고 있지 않은 교섭대표노조의 경우 단체성이 문제될 수 있으며, 단체협약의 강행적 효력을 정당화할 수 있는 수권적 동의, 즉 민주성의 결여가 보충·보완되어야 한다.<sup>6)</sup> 공정대표의무가 바로 이러한 교섭대표노조의 흠결을 치유하기 위한 제도이다.<sup>7)</sup>

교섭대표노조는 교섭대표로서 단체교섭의 전 과정, 즉 ①교섭요구안의 준비, ②교섭과정, ③교섭을 통한 (잠정)합의안의 도출, ④잠정 합의안에 대한 조합원 총회 혹은 그에 갈음하는 대의원회와 같은 노동조합의 내부 승인절차, ⑤단체협약의 체결<sup>8)</sup>에 걸쳐 대내적 민주성을 담보한 의사형성기관의 역할을 갈음할 수 있도록 공정대표의무를 부담하고 이를 이행한다. 따라서 교섭대표노조는 단체교섭을 시작하면서 전체 조합원의 총의를 형성할 수 있는 절차를 두어야 한다. 소수노조(조합원)의 의견을 충분히 청취·수렴해야 하고 전체 노조 및 조합원의 관점에서 바람직한 단체협약을 체결할 수 있도록

---

처음 등장한 것으로 대상판결은 이를 인용하고 있다. 장영석, 「절차적 공정대표의무 위반의 판단기준」, 『노동리뷰』 2020년 12월호, 한국노동연구원, p.89(각주 3).

- 3) 박종희, 「교섭대표노조의 법적 지위 관점에서 본 공정대표의무의 의의와 내용」, 『노동법포럼』 17, p.94.
- 4) 대상판결은 이 점을 명시적으로 밝히고 있다. 따라서 민법 제681조와 제683조의 적용을 전제로 수임인으로서 교섭대표노조가 선량한 관리자의 주의로서 단체교섭 및 단체협약 체결의 위임사무를 처리하고 그 상황 및 진말을 보고할 의무가 있다고 주장한 원고의 주장은 원심과 대상판결에서 모두 기각되었다.
- 5) 박종희, 「교섭대표노조의 법적 지위 관점에서 본 공정대표의무의 의의와 내용」, 『노동법포럼』 17, p.93.
- 6) 박종희, 위의 논문, p.93.
- 7) 박종희, 위의 논문, p.94.
- 8) 정종철, 「단체교섭과정에서의 절차적 공정대표 의무의 내용」, 『노동법률』 2020. 12., 중앙경제사, p.47.

노력해야 한다.)<sup>9)</sup> 그렇게 체결된 단체협약이 특정 노조나 조합원을 차별하는 규정을 담으면 안 된다는 실체적 요청도 공정대표의무의 내용이다.

이러한 관점에서 보면 단체협약 잠정 합의안에 대해 교섭대표노조 조합원에게만 찬반투표를 통해 의사를 묻고 소수노조의 조합원을 배제한 것은 어떻게 평가할 수 있을까? 먼저 인용된 대상판결의 요지 첫 문단만을 보면 공정대표의무의 의의와 역할에 대한 본 리뷰의 입장과 다르지 않은 것으로 보인다. 다만 인용된 판결요지 두 번째 문단은 교섭대표노동조합 대표자가 실제 단체교섭 과정에서 겪을 수밖에 없고 그렇기에 인정될 수밖에 없는 어느 정도의 재량권을 강조하고 있다. 공정대표의무가 교섭대표노조의 총회 역할을 대신해 대내적 민주성을 확보하는 제도이기는 하지만 완벽히 동일할 수는 없기에 소수노조의 의견수렴 과정에서 발생하는 불가피한 차이는 용인될 수 있을 것이다.<sup>10)</sup> 그리고 판례처럼 이를 교섭대표노조의 ‘재량’으로 표현할 수도 있을 것이다.

그러나 판결요지 두 문단의 원칙과 예외를 전제할 때 여기서 세 번째 문단의 결론이 도출되는 것은 납득하기 어렵다. 대상판결은 기본적으로 교섭대표노동조합(의 대표자)의 독자적인 단체협약체결권 보유를 전제로 협약 체결 여부에 대해 소수노동조합이나 그 조합원의 의사에 기속되지 않는다고 보며 잠정합의안에 대한 찬반투표가 소속 조합원들의 의사결정을 위하여 마련된 내부적인 절차일 뿐, 법률상 요구되는 절차는 아니라는 점을 지적한다. 아울러 명시적 법령 규정의 부재, 즉 잠정합의안에 대한 찬반투표를 거쳐야 하는지 여부는 물론이고, 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합별로 찬반투표 실시 여부, 실시기관, 실시방법 및 정족수 등에 관하여 각기 다른 규약상 규정을 두고 있는 경우 이를 어떻게 조율할 것인지 등에 관하여 노동조합법 및 같은 법 시행령에서 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점을 근거로 제시한다.

그러나 공정대표의무가 요구하는 것은 소수노조의 의사에 대한 기속도 아니고 찬반투표 자체를 요구하는 것도 아니다. 교섭대표노조가 흡결하고 있는 수권적 동의, 즉 민주성을 보완하기 위해 소수노동조합과 그 조합원의 의

9) 박종희, 「교섭대표노조의 법적 지위 관점에서 본 공정대표의무의 의의와 내용」, 『노동법포럼』 17, p.94.

10) 박종희, 위의 논문, p.96 참조.



건이 수렴될 것을 요구하는 것이다. 그러한 절차를 두는 것만으로 일용 공정 대표의무의 충족은 인정될 수 있다. 게다가 찬반투표는 교섭대표노동조합이 스스로의 규약에 찬반투표절차를 두고 있는 경우에 한해 차별 없이 소수노동 조합원에게도 그 절차에 참여할 수 있는 (기속이 아닌) 기회를 주는 것을 의미할 뿐이므로 대상판결의 최종 결론에는 찬동하기 어렵다.

남궁준(한국노동연구원 연구위원)

## 노동조합의 자주성에 관한 법적 판단

- 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결 -

### 【판결요지】

(1) 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나, 노동조합이 설립될 당시부터 사용자가 위와 같은 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 노동조합 측과 적극적인 통모·합의가 이루어진 경우 등과 같이 해당 노동조합이 헌법 제33조 제1항 및 그 헌법적 요청에 바탕을 둔 노조법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였다면, 설령 그 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리되었다더라도 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 노동조합은 노조법상 그 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다.

(2) 단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합으로서의 위와 같은 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 다른 노동조합을 상대로 해당 노동조합이 설립될 당시부터 앞서 본 노조법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결하였음을 들어 그 설립무효의 확인을 구하거나 노동조합으로서의 법적 지위가 부존재한다는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다.

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’) 등 관련 법률에서는 노동조합의 법적 요건을 규정하여, 그 적용 대상으로서 노동조합을 개념화하고 있다. 노조법 제2조 제4호는 본문에서 ‘노동조합’이라 함은 ‘근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체’라고 하면서, 단서 조항에서 결격 요건을 규율하는 방식을 취하고 있다.

노동조합의 자주성은 주로 노동조합 설립신고 단계에서 행정관청의 검토를 둘러싸고 문제되어 왔다. 행정관청은 제출된 설립신고서와 규약을 기초로 심사하는 것을 원칙으로 하고 있다. 노동조합 설립신고제도는 말 그대로



‘신고’제도이므로, 설립신고와 관련한 이해관계인의 진정이나 이의 신청 등이 있는 경우가 아닌 한, 사실 조사에 기반한 실질 심사가 이루어져서는 안 된다.<sup>1)</sup> 이에 따라 주로 노동조합의 자주성을 둘러싼 설립신고 단계에서의 문제는 소극적 요건의 존부가 다루어지게 된다. 따라서 그 주요 판단 대상은 ① 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우(가목), ② 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우(나목), ③ 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우(다목), ④ 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우(라목),<sup>2)</sup> ⑤ 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우(마목)이다.

그런데 이러한 소극적 요건에는 문제가 없지만, ‘근로자가 주체가 되지 못하고, 자주적으로 단결한 것이 아니며’, ‘근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 하지 않는’ 노동조합은 노조법상 노동조합이라고 할 수 있을까? 또한 그에 대한 법적 이의 제기는 어떻게 이루어져야 할까? 대상판결은 노조의 자주성을 적극적 관점에서 확인할 수 있다는 점을 보여 준 최초의 사례임과 동시에 노조가 다른 노조의 자주성을 확인해 달라고 요구할 수 있다는 점을 확인해 준 최초의 대법원 판례이다.<sup>3)</sup>

이 사건은 노동조합의 쟁의행위와 이에 대응하는 직장폐쇄로 갈등이 지속되던 사업장에서, 사업주가 노무법인의 자문을 통하여 ‘신설 노조’ 설립 전

- 1) 노동조합 설립신고에 대하여 헌법재판소(2012. 3. 29. 선고, 2011헌바53)는 “노동조합의 설립 이전에 설립신고서를 제출하여 행정관청이 그 요건에 대한 실질적인 심사를 거쳐 신고증을 발급 또는 설립신고서를 반려하도록 하는 것은 노동조합의 본질적 요소인 자주성 등을 확보하기 위한 부득이한 조치로서, 단체의 설립 여부 자체를 사전에 심사하여 특정한 경우에 한해서만 그 설립을 허용하는 ‘허가’와는 다르다고 할 것이다.”라고 판단하고 있다. 비록 헌법재판소가 “그 요건에 대한 실질적인 심사”라는 표현을 쓰긴 했지만, 이를 노동조합의 적극적 요건을 사실 조사에 기반하여 실질적으로 심사하는 것으로 인식하는 것은 적당하지 않으며, 소극적 요건 판단에 대한 심사에 국한된다고 해석하는 것이 그 취지에 부합된다.
- 2) 국제노동기구의 핵심 협약인 「결사의 자유에 관한 협약」의 비준과 함께 이 협약에 부합하기 위한 노조법 개정이 이루어짐에 따라 2021. 7. 8.부터 사업 또는 사업장에 종사하지 아니하는 근로자의 기업별 노동조합 가입이 허용된다.
- 3) 이 사건의 제1심(서울중앙지법 2016. 4. 14. 선고 2013가합367 판결)에 관해서는 노호창, 『노동리뷰』 2016년 6월호) 「노조가 다른 노조의 자주성을 문제삼을 수 있는지 여부」 (<https://www.kli.re.kr/kli/selectBbsNttView.do?key=43&bbsNo=9&nttNo=130096>) 참조.

약을 수립하고, 이에 근거한 기획 설립·운영 노동조합이 과반수 노조로서 인정받게 된 상황에서, 기존 노조가 신설 노조 설립의 무효를 다툰 것이다.<sup>4)</sup> 이에 대하여 제1심과 제2심<sup>5)</sup> 법원 모두, 노조 설립을 무효로 인정하였다. 대법판결에서 대법원은 원심과 동일한 취지로, “단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합으로서, … 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안안을 제거하기 위하여 다른 노동조합을 상대로 해당 노동조합이 설립될 당시부터, …노조법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결하였음을 들어 그 설립무효의 확인을 구하거나 노동조합으로서의 법적 지위가 부존재한다는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다.”는 전제하에, “노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나, 노동조합이 설립될 당시부터 사용자가 위와 같은 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 노동조합측과 적극적인 통모·합의가 이루어진 경우 등과 같이 해당 노동조합이 헌법 제33조 제1항 및 그 헌법적 요청에 바탕을 둔 노조법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였다면, 설령 그 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리되었더라도 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 노동조합은 노조법상 그 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다.”라고 판단하고 있다.

이처럼 대상판결은 조직 대상을 같이하는 다른 노동조합이, 문제가 되는 노동조합의 적극적 요건을 소송상으로 법률적 대상으로 삼을 수 있다는 점을 확인한 최초의 사건이라는 점에 의의가 있다. 다만 대상판결은 인정 사실 관계를 바탕으로, 사용자의 부당노동행위의 일환으로 설립된 ‘기획 설립·운영 노동조합’을 무효로 판단한 것이다. 노동조합의 자주성이 부정될 수 있는

4) 구체적인 사실관계를 살펴보면, 회사 측은 노무법인과 여러 차례 회의를 거쳐 새로운 노조 설립에 착수했고 새로 만드는 노조에 가입한 근로자에게는 임금 협상에서 기존 노조원보다 더 유리한 조건을 제시한다는 내용도 논의하는 등 실질적으로 노조원 차별을 통한 기존 노조 와해 전략이 포함되어 있었다. 또한 회사 측은 2011년 7월 사업장 단위 복수 노조 허용 이후 설립된 신설 노조의 과반수 지위를 확보하기 위하여, 경영진이 근로자들과 개별적으로 면담하며 노조 가입을 종용하거나, 관리직 사원들까지 가입 권고를 하여 지방노동위원회에서 과반수 노조로 인정받기까지 하였다.

5) 서울고등법원 2017. 10. 27. 선고 2015나6950 판결.



여러 가지 사례들(이른바 어용노조 등) 중에서 이러한 법리가 동일하게 적용될 수 있을지, 더 나아가 대상판결의 취지가 어느 범주까지 확장 가능한지에 관해서는 명확하지 않다. 향후 이에 관한 법원의 판단에 주목할 필요가 있다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)



## 사용자가 교섭대표 노동조합과의 단체협약에서 통상임금소송의 취하를 무쟁의 장려금의 지급조건으로 한 것이 통상임금소송을 적극적으로 전개한 소수 노동조합의 조합원에 대한 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지 여부

- 대법원 2021. 8. 19. 선고 2019다200386 판결 -

### 【판결요지】

사용자가 교섭대표 노동조합인 기업노조와의 임금협약에서 통상임금소송의 부제소를 ‘통상임금 분쟁 해소 및 노사화합 선언 격려금’ 및 ‘무쟁의 달성 장려금’의 지급 조건으로 한 것은, 사용자가 통상임금소송을 유지하려는 ○○노조 지회 조합원들로 하여금 합리적인 이유 없이 무쟁의 격려금을 지급받을 수 없게 하여 위 조합원들을 불이익하게 취급한 것으로서 이는 불이익취급 또는 지배·개입의 부당노동행위에 해당하고 ○○노조 지회 조합원들에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.

이 사건 피고 회사(이 사건 상고인) 내에는 2개의 노동조합이 있는데, 그 중 하나는 2014. 12. 12. 설립된 전국금속노동조합 산하 ○○○지회(이하 ‘금속노조 지회’라고 함)이고, 다른 하나는 2014. 12. 16. 설립된 기업별 노동조합인 ○○○ 노동조합(이하 ‘기업노조’라고 함)이다. 피고는 2014. 12. 12. 전국금속노동조합의 교섭요구를 받은 후 교섭창구 단일화절차를 진행하였고, 2015. 1. 23. 기업노조가 교섭대표 노동조합으로 결정되었다.

피고 회사와 교섭대표노조 노동조합인 기업노조가 단체교섭을 진행하던 과정에서 금속노조 지회의 조합원들 대부분은 2015. 5. 12. 및 2015. 7. 2. 정기상여금 등을 통상임금에 포함시켜 산정한 법정수당 등과 실제 지급받은 법정수당 등의 차액의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 피고와 교섭대표 노동조합인 기업노조는 임금단체협상을 진행하여 2015. 12. 15. 합의를 하였는데, 여기에는 ‘일시금’이라는 합의 사항 아래 ① ‘통상임금 분쟁 해소 및 노사화합 선언 격려금(인당 300만 원)’과 ② ‘무쟁의 달성 장려금(인당 기본급 기준



100%)'이 포함되어 있다. 이 합의에 의하면 통상임금 부제소 격려금과 무쟁의 장려금을 받기 위해서는 통상임금 소송을 제기하지 않겠다는 부제소특약을 하거나 또는 이 사건 통상임금 소송을 취하하고 노사화합 등을 내용으로 하는 확인서를 제출하여야 했다. 이 사건 합의 후 이 사건 통상임금 소송에 참가하고 있던 금속노조 지회 조합원들 중 상당수는 소를 취하하고 피고로부터 이 사건 합의에 따른 통상임금 부제소 격려금과 무쟁의 장려금을 지급 받았다. 이에 확인서를 제출하지 않아서 무쟁의 달성 장려금을 받지 못한 금속노조지회의 조합원인 원고들은 피고가 위와 같이 무쟁의 장려금 지급조건을 통상임금 부제소 격려금 지급조건과 결부시킨 행위 등은 노동조합법 제 81조 제1호(불이익처분) 및 제4호(지배개입)의 부당노동행위에 해당하므로, 피고는 원고들에게 이로 인한 손해를 배상하라는 소를 제기하였다.

이 사건 1심 판결<sup>1)</sup>은 소송의 제소 여부는 근로자 개인의 권리행사의 문제라는 점, '통상임금 분쟁 해소 및 노사화합 선언 격려금'과 '무쟁의 달성 장려금'이 별개의 조건에 의하여 별개로 지급되어야 한다는 법적·필연은 없다는 점, 이 사건 확인서의 내용이 선언적 의미만을 담고 있을 뿐이기 때문에 금속노조 지회와 기업노조에 대한 중립의무위반이라고 할 수 없다고 하여 기각하였다. 반면, 2심 판결<sup>2)</sup>은 통상임금소송을 유지하는 금속노조 지회 조합원들로 하여금 무쟁의 장려금을 지급받을 수 없도록 하여 조합원들을 불이익하게 취급함으로써 금속노조 지회의 단결력을 약화시키려는 의도로 무쟁의 장려금 지급 조건을 통상임금 부제소 지급 조건과 합리적인 이유 없이 결부시키고 이를 고수하였다는 점을 이유로 부당노동행위의 성립을 인정하고 이로 인한 손해배상을 인정하였다. 이에 피고 회사가 상고하였으나 대법원은 상고를 기각하였다.

이 사건 대법원 판결은 2심 판결의 결론을 간략하게 실시한 뒤에 2심의 결론을 그대로 인정하고 있지만, 이 사건 판결의 의의는 매우 크다. 이 사건 판결의 의의는 사용자가 복수노조 체제에서 교섭대표노조와의 임금협약을 이용하여 소수 노조 및 그 조합원을 차별하였다고 인정하고 이 차별이 부당노동행위를 구성한다고 판단한 점에 있다. 복수노조 체제에서 조합 간 차별

1) 창원지방법원 2018. 5. 17. 선고 2017가합52453 판결.

2) 부산고등법원 2018. 12. 13. 선고 2018나11667 판결.

을 둘러싸고 발생하는 부당노동행위의 성립 여부를 판단하는 것은 매우 어렵다. 이는 다음과 같은 상황에 기인한다. 첫째로, 사용자가 제시한 조건이 복수의 노조, 그리고 이들 조합에 소속된 조합원 모두에 대해서 공통적으로 적용된다는 것이다. 즉, 그 근로조건(또는 근로조건 적용 조건)이 복수로 존재하는 노동조합의 규모, 성향, 운동 노선 등에 중립적이라는 것이다. 사용자는 어떤 노조를 의도적으로 차별적 취급을 하지 않는 외견을 만들기 위하여 중립적 조건을 제시하려고 할 것이다. 둘째로, 사용자가 제시하는 그 근로조건(또는 당해 근로조건 적용 조건)이 확연히 불합리하다고 평가하기가 쉽지 않은 경우가 적지 않다는 것이다. 예를 들어, 생산성 향상에 협력할 것 또는 노사화합에 협력할 것과 같은 조건을 사전 조건으로 제시하는 것과 같이 기업 경영에 있어서 응당 제시될 수 있는 내용을 상당히 추상적으로 제시하는 경우에 그것을 불합리하다고 평가하는 것은 매우 어려울 것이다. 셋째로는, 이러한 조건을 수락할 것인지의 여부가 노조 또는 그 노조의 조합원의 판단에 맡겨져 있다는 것이다. 즉, 수락하지 않음으로써 발생하는 불이익은 노조와 그 노조의 조합원의 주체적이고 자유로운 판단에 의한 결과라는 것이다. 이와 같은 어려움은 이 사건에 고스란히 나타나 있다. 이 사건 피고 회사는 ‘통상임금 소송을 제기하지 않겠다는 부제소특약을 하거나 또는 이 사건 통상임금 소송을 취하하고 노사화합 등을 내용으로 하는 확인서를 제출하는 조건’은 ○○노조 지회 조합원뿐만 아니라 기업노조 조합원들에게도 동일하게 적용되는 것이라는 점, 양자를 결부시킨 것에는 합리적인 이유가 있다는 점, 피고의 간섭이나 강압 없이 ○○노조 지회 조합원들과 기업노조 조합원들은 각자의 선택에 따라서 통상임금소송 취하 및 특약 체결 여부를 결정하였다는 점을 들어서 부당노동행위의 성립을 부정하고 있다.

이 사건 대법원 판결에서는 2심 판결의 결론을 간략하게 인용하고 있을 뿐이어서 이 사건과 같은 복잡한 사안에서 부당노동행위를 인정한 논증 구조와 논거가 명확히 드러나 있지 않지만, 이 점은 2심 판결에 매우 잘 나타나 있다. 2심 판결은 판단기준에 대해서 다음과 같이 실시하고 있다. 즉, 사용자가 복수 노동조합하의 각 노동조합에 동일한 내용의 조건을 제시하였고, 또 그 내용이 합리적·합목적적이라면 원칙적으로 부당노동행위의 문제는 발생하지 않는다고 하면서도 예외적으로 사용자가 복수 노동조합 중 한 노동조합의 약체화를 꾀하기 위하여 해당 노동조합의 입장에서 받아들이기 어

려울 것으로 예상되는 전제조건을 제안하고 이를 고수함으로써 다른 노동조합은 그 전제조건을 받아들여 단체교섭이 타결되었으나 해당 노동조합은 그 전제조건을 거절하여 단체교섭이 결렬되었고 그와 같은 전제조건을 합리적·합목적적으로 평가할 수 없는 경우와 같이 다른 복수 노동조합과의 단체교섭을 조작하여 해당 노동조합 또는 그 조합원의 불이익을 초래하였다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 사용자의 중립유지의무 위반으로서 해당 노동조합에 대한 불이익취급의 부당노동행위 내지는 지배·개입의 부당노동행위가 성립한다는 것이다.

위 판단 기준은 사실 종래 하급심 판결들에서도 제시된 적이 있지만 이들 판결에서는 복수의 노동조합과의 사이에 이루어진 개별 교섭을 이용하여 사용자가 다른 노조와 그 조합을 차별한 것이 부당노동행위에 해당하는지 여부 가 다투어졌었다.<sup>3)</sup> 이에 비하여 이 사건에서는 교섭창구 단일화 절차에 의하여 선정된 교섭대표노조와의 교섭과 그 교섭의 결과 체결된 임금협약을 이용하여 사용자가 소수 노조를 차별한 사안이라는 점에서 이전의 사안과 큰 차이가 있다. 교섭창구 단일화를 거쳐서 협약이 체결된 경우에 발생하는 조합 차별 사건은 공정대표의무위반의 문제로서 노동위원회에서 처리되는 것이 예정되어 있고, 통상 그렇게 처리되고 있다는 점을 생각해 보면<sup>4)</sup> 이 사건 대법원 판결이 사용자의 중립유지의무 위반을 논증하고 이를 토대로 노동조합에 대한 불이익취급의 부당노동행위 내지는 지배·개입의 부당노동행위의 성립을 긍정한 것은 사용자의 소수 노조 차별에 대해서 법원에 의한 사법적 구제를 가능하게 하는 길을 열었다는 점에서 매우 큰 의미가 있다.

또한, 2심 판단에서 주목하여야 하는 점은 위의 판단 기준을 이 사건의 구체적인 사안에 적용하여 부당노동행위의 성립을 긍정한 논리이다. 2심 판결은 피고 회사는 이 사건 통상임금소송을 유지하는 ○○노조 지회 조합원들로 하여금 무쟁의 장려금을 지급받을 수 없도록 하여 위 조합원들을 불이익하게 취급함으로써 ○○노조 지회의 단결력을 약화시키려는 의도로 무쟁의

3) 대전지방법원 2015. 9. 2. 선고 2014가합102474 판결; 울산지방법원 2020. 6. 26. 선고 2019노1258 판결.

4) 교섭창구 단일화를 거쳐서 체결된 단체협약에 의한 조합 차별에 대해서는 공정대표의무 위반 여부로 판단하여야 한다는 관점에서 2심 판결을 비판적으로 검토한 문헌으로는 김희성(2020), 『복수노조하에서 조합간 차별과 공정대표의무 및 중립의무 위반 여부』, 『노동법논총』 제50집을 참조.

장려금 지급 조건을 통상임금 부제소 격려금 지급 조건과 결부시키는 내용의 제안을 교섭대표노조에게 제시하고 이를 계속 고수하였다고 봄이 타당하고, 이러한 내용의 제안이 ○○노조 지회 조합원들뿐만 아니라 기업노조 조합원들에게도 동일하게 적용된다고 하더라도 이는 ○○노조 지회 조합원들 중 이 사건 통상임금 소송을 유지할 필요성이 있었던 ○○노조 지회 조합원들에 대한 관계에서 받아들이기 어려운 전제조건일 뿐만 아니라 합리성이 있다고 볼 수도 없으므로 ○○노조 지회 조합원들에 대한 사실상의 차별에 해당하며, 이로 인하여 실제 ○○노조 지회 조합원들 중 상당수가 이 사건 통상임금 소송을 취하하고 ○○노조 지회를 탈퇴함으로써 ○○노조 지회의 단결력도 약화되었다고 하고 있다. 차별적 처우의 존재를 입증하는 것도 쉽지 않지만 종래 노동위원회의 결정례와 판례에 비추어 보면 부당노동행위의 의사가 있음을 입증하는 것은 더욱 어렵다는 점에서 볼 때 이 사건 2심 판결과 대법원 판결의 의의는 더욱 빛난다. 복수노조 체제하에서 단체교섭과 단체협약을 이용한 사용자의 교묘한 조합 차별에 경종을 울린 것이다.

정영훈(한국노동연구원 연구위원)

## 교섭창구 단일화 절차와 쟁의행위 찬반 투표

- 수원지방법원 2020. 11. 13. 선고 2019노4120 판결 -

### 【판결요지】

노동조합법 제29조의3 제2항에 따라 노동위원회로부터 정식으로 교섭단위 분리 결정을 받지 않은 사용자가 복수 노동조합 중 어느 노동조합과 개별교섭을 진행하기 위해서는 사용자의 '동의'가 있어야 하는데, 이때 사용자는 개별교섭을 원하는 노동조합을 차별적으로 분리·선택할 수 없다. 즉, 복수 노동조합 중 하나의 노동조합과 개별교섭에 동의하면 다른 모든 노동조합에 대해서도 개별교섭을 진행해야 하는 것이다.

K주식회사(이하 'K사'라 함)는 안성에 위치한 본사 및 공도 공장과 경주에 위치한 공장으로 구성되어 있고, K사 내에 조직된 노동조합으로는 본사 및 공도 공장 소속 직원들로 구성된 전국금속노동조합(경기지부 K지회, 지회장: X, 이하 '금속노조'라 함) 및 한국노총 산하 L노동조합(이하 'L노조'라 함), 경주 공장 소속 직원들로 구성된 M노동조합(이하 'M노조'라 함) 등 3개의 노동조합이 설립·조직되어 있다.

K사는 2015년부터 노동조합과 단체교섭을 진행해 왔는데, 노동위원회로부터 정식으로 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노조법'이라 함) 제29조의3 제2항)에 따른 교섭단위 분리 결정을 받은 사실이 없다. M노조가 2018. 1. 2. 교섭을 요구함에 따라 K사는 2018. 1. 3.부터 1. 9.까지 교섭 요구 사실을 공고하였고, 금속노조는 2018. 1. 5., L노조는 2018. 1. 9. 각각 교섭을 요구하여 K사는 2018. 1. 10. 이들 3개 노동조합에 대해 교섭 요구 노동조합 확정 공고(금속노조 : 108명, L노조 : 20명, M노조 : 42명)를 하였다. K사는 경주 공장에 있는 M노조와 개별교섭을 하는 한편, 본사 및 공도 공장에 있는 금속

1) 노조법 제29조의3(교섭단위 결정) ② 제1항에도 불구하고 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건 차이, 고용 형태, 교섭 관행 등을 고려하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우에 노동위원회는 노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있다.

노조와 L노조만 교섭창구 단일화 과정을 거쳐 금속노조가 2018. 1. 31. 과반수 노동조합으로서 교섭대표노동조합으로 확정되었음을 공고하였다. K사와 금속노조는 2018. 2.경부터 임단협을 체결하기 위해 단체교섭을 진행하였으나 노사 간 의견 차이를 좁히지 못하자 금속노조는 2018. 6. 27. 경기지방노동위원회에 K사를 포함하여 23개 사의 노동쟁의 조정 신청을 하였고, 경기지방노동위원회는 2018. 7. 9. ‘조정 중지’를 결정하였다. 금속노조 K지회는 조정 기간 중인 2018. 7. 4. L노조에 쟁의행위 찬반 투표 참여 요청 없이 자신의 조합원만을 대상으로 쟁의행위 찬반 투표를 직접·비밀·무기명으로 실시하여 금속노조 K지회 조합원 108명 중 100명이 투표에 참여하여 96명이 찬성하였고, 2018. 7. 13.부터 11. 28.까지 노동조합의 임단협 요구안 수용 등을 요구하며 파업 및 태업 등의 쟁의행위를 하였다.

노조법 제41조 제1항은 “노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다. 제29조의2에 따라 교섭대표노동조합이 결정된 경우에는 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원(해당 사업 또는 사업장 소속 조합원으로 한정한다)의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없다.”라고 규정하였다.<sup>2)</sup> 또한 이를 위반할 시 노조법 제91조는 ‘1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금’에 처하도록 규정하고 있다.

금속노조 경기지부 K지회장 X는 노조법 제29조의2에 따라 교섭창구 단일화 절차에 참여한 L노조의 조합원에 대하여 직접·비밀·무기명 투표를 실시하지 않고 금속노조 K지회만으로 쟁의행위 찬반 투표를 하여 노조법 제41조 제1항 후문을 위반하였다는 이유로 2019. 3. 21. 벌금형의 약식명령을 받고, 이에 대해 정식재판을 청구하였다. 1심(수원지방법원 평택지원 2019. 7. 12. 선고 2019고정167 판결)은 X에 대해 약식명령과 같은 이유로 유죄판결을 선고하였으나 이의 항소심인 수원지방법원(대상 판결)은 원심을 파기하고

2) 최근 노조법 제41조 제1항은 개정되었는데, “노동조합의 쟁의행위는 그 조합원(제29조의2에 따라 교섭대표노동조합이 결정된 경우에는 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원)의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다. 이 경우 조합원 수 산정은 종사근로자인 조합원을 기준으로 한다.”라고 개정되었는데 내용의 변경 없이 문구를 수정하는 수준의 개정이다. 이는 2021. 1. 5. 법률 제17864호로 개정하여 2021. 7. 6. 시행한다.



무죄판결을 하였다. 대상 판결은 위 ‘판결 요지’와 같은 이유로 노동위원회로부터 교섭단위 분리 결정을 받은 사실이 없는 K사가 2018년도 단체교섭 당시 경주 공장에 있는 M노조와 개별교섭에 동의하였다면 금속노조 및 L노조에 대해서도 개별교섭을 진행해야 하고, 금속노조 경기지부 K지회장 X가 쟁의행위를 결정하기 위해서 자신의 조합원들의 투표만 거치면 될 뿐 L노조의 조합원들까지 포함시킬 이유가 없다고 판단하였다. 또한 대상 판결은 금속노조와 L노조가 외관상 ‘교섭창구 단일화’ 과정을 거쳐 금속노조가 대표로 단체교섭을 진행하였더라도 이는 위 2개 노동조합의 편의에 따라 이루어진 것일 뿐 금속노조가 노조법 제29조의2에서 정한 ‘교섭대표노동조합’의 지위를 취득하는 것은 아니라고 판시하였다. 무죄를 선고한 대상 판결의 결론에 전적으로 찬동한다.

필자는 위와 같은 사실관계에 대해 몇 가지 문제의식 내지 의구심이 있다.

첫 번째로, 노조법령에서 정한 개별교섭 동의 기한(교섭대표 자율 결정 기간)을 지나 복수의 노동조합 전부 내지 일부에 대해 개별교섭에 동의한 경우 쟁의행위 찬반 투표는 어떻게 해야 하는가, 그리고 노조법 제41조 제1항 위반의 쟁의행위가 정당한 것인가 하는 것이다(복수 노조를 전제로 서술하도록 한다). 대상 판결의 사안에서도 개별교섭에 대한 동의가 노조법령에서 정한 기한 내에 이루어졌는지 확인하기 어려운데 개별교섭에 동의할 수 있는 기한을 노조법령에 따라 산정하면 아래와 같다.

- M노조 2018. 1. 2. 교섭 요구

- 교섭 요구 사실 공고(시행령 제14조의3 제1항): 2018. 1. 3.~1. 9. 7일간

- 교섭 요구 노동조합 확정: 2018. 1. 10.

- 교섭 요구 노동조합 확정 공고(시행령 제14조의5 제1항): 2018. 1. 10.~1.

14. 5일간(실제 K사는 2018. 1. 12.~1. 18. 7일간 확정 공고함<sup>3)</sup>)

- 개별교섭 동의 기한(교섭대표 자율 결정 기간, 노조법 제29조의2 제2항 및 시행령 제14조의6 제1항): 2018. 1. 15.~1. 28.

- M노조와의 개별교섭에 동의: 시기는 확인되지 않음.

3) K사가 관련 법령을 잘못 적용한 것으로 보인다. 교섭창구 단일화 절차와 관련된 규정의 복잡성 등으로 노사 당사자 규범 준수의 기대 가능성이 그만큼 떨어진다.



-K사가 2018. 1. 31. 금속노조가 교섭대표노조로 확정되었음과 M노조와 개별교섭을 한다는 내용을 공고(공고 기간: 2018. 1. 31.~2. 5.)함

위와 같은 사실에 비추어 보면 K사가 M노조와 개별교섭에 동의한 시기는 금속노조를 과반수 노조로서 교섭대표노조로 확정하여 공고한 2018. 1. 31. 이전이거나 늦어도 이 공고를 한 시점이다(개별교섭에 동의한 의사 표시로 볼 수 있음). 만약 K사가 M노조와의 개별교섭에 2018. 1. 29.~1. 31. 중에 동의하였다면 노조법령에서 정한 개별교섭 동의 기한이 지난 것으로 볼 수 있다. 이와 같이 개별교섭 동의 기한(교섭대표 자율 결정 기간)을 지나 복수 노동조합의 전부 또는 일부에 대해 개별교섭에 동의한 경우 쟁의행위 찬반 투표를 해야 한다면 노조법 제41조 제1항을 어떻게 적용할 것인가 하는 문제가 있다. 예컨대 3개의 노동조합 모두 개별교섭에 동의하여 각각 개별교섭을 진행하던 중 일부 노동조합은 단체협약이 체결되었으나 나머지 노동조합이 단체협약이 체결되지 못하고 쟁의행위에 이르러 자신의 조합원만을 대상으로 쟁의행위 찬반 투표를 실시하였다면 이를 법 위반으로 보아 벌칙을 적용해야 하는지 여부이다. 개별교섭 동의 기한의 법적 성격을 판시한 판례(대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84643·84650 판결)를<sup>4)</sup> 원용하는 입장에서는 위와 같은 경우 개별교섭에 대한 동의의 효력이 없으므로 쟁의행위 찬반투표는 창구 단일화 절차에 참여한 모든 노동조합의 조합원을 대상으로 하여야 한다는 결론이 도출된다. 뭔가 이상하지 않은가? 필자는 개별교섭 동의 기간(또는 교섭대표 자율 결정 기간)에 대한 관련 규정의 법적 성격을 강행규정이 아니라 노사 당사자 사이에 이를 둘러싼 분쟁이 있다면 그 분쟁을 해결하는 ‘기준이 되는 규범’으로 작용한다고 본다.<sup>5)</sup> 교섭창구 단일화 절차를 규

4) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84643·84650 판결(“교섭대표 자율 결정 기간은 그 기간이 경과하면 더는 자율적으로 교섭대표노동조합을 결정하거나 사용자가 개별교섭 동의를 할 수 없는 효력이 발생하므로 그 기간의 기산일은 당사자 간에 다툼의 여지가 없을 정도로 명확하여야 하는 점 등에 비추어 보면, 시행령 제14조의5에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 노동위원회에 시정을 요청하여 노동위원회가 결정을 한 경우에는 그 결정이 당사자에게 송달되어 효력이 발생한 날부터 교섭대표 자율 결정 기간이 진행한다고 보는 것이 타당하다.”). 이 판결은 교섭대표노조의 지위 및 단체교섭 거부의 부당노동행위 등과 관련하여 적용할 수 있어도 쟁의행위에 그대로 적용할 수 없다고 본다.

5) 강선희(2016), 「개별교섭 동의기간 등 창구단일화 절차 관련 노조법령의 성격과 기산일

정하고 있는 노조법령은 교섭창구 단일화 절차를 신속하게 진행시킴으로써 교섭대표노조 선정을 둘러싼 소모적인 시간을 단축하고 불필요한 논쟁을 불식시켜 신속하게 교섭대표노조를 확정하는 데 목적이 있다. 따라서 사업장 내 모든 노사 당사자 간 법정 ‘개별교섭 동의 기한 외’에 자율적 합의로 개별교섭하여 단체협약을 체결하고 있다면 이를 무효로 볼 이유는 없고, 그 단체협약 체결을 위해 쟁의행위 찬반 투표를 개별 노동조합별로 실시하였더라도 법 위반이 된다거나 쟁의행위의 정당성이 상실되는 것은 아니라고 본다. 개별교섭 동의 기간이 지나면 다수 노조가 교섭대표노조로 확정되는데 다수 노조가 개별교섭에 동의한 것은 자신이 교섭대표노조로서의 지위를 포기한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 한편 일부 노동조합에 대해서만 개별교섭에 동의한 경우에도 대상 판결의 판시 내용과 같이 개별교섭에 대한 동의의 효력은 설령 개별교섭 동의 기한이 지났더라도 해당 노동조합뿐만 아니라 모든 노동조합에도 미친다고 보이므로 위와 달리 판단할 필요는 없다고 본다. 교섭창구 단일화 절차와 관련된 규정은 교섭대표노조에 소수 노조를 대표하여 교섭할 권리와 지위를 부여하는 것이고, 소수 노조에 단체교섭권을 교섭대표노조를 통해 행사하도록 제한하는 것이므로 사용자가 개별교섭에 동의하여 교섭대표노조의 지위를 잃더라도 침해당하는 권리는 없으며 오히려 소수 노조는 온전히 단체교섭권을 행사할 수 있게 된다.

두 번째, 복수 노조 상황에서 위 노조법 제41조 제1항 및 제91조를 적용하고자 하는 경우에는 문언 그대로 ‘제29조의2에 따라 교섭대표노동조합이 결정된 경우’에 한정하여 적용되는 것으로 보아야 한다. 따라서 개별교섭 기한 ‘내’에 개별교섭에 동의하였다면 교섭대표노조가 필요하지 않으므로 ‘교섭대표노조가 결정’되지 않은 것이며, 개별교섭 기한 ‘외’에 일부 노동조합이 개별교섭에 동의하고 나머지 노동조합이 창구 단일화를 거쳐 교섭대표를 결정하였다면 이는 교섭대표노조가 적법하게(제29조의2에 따라) 결정된 것이 아니므로 죄형법정주의 원칙에 따라 법 위반으로 처벌할 수 없다고 판단해야 한다.

세 번째 의구심은 노조법 제41조 제1항이 처벌하고자 하는 대상이 찬반

(대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84643·84650 판결), 『노동리뷰』 3월호, 한국노동연구원 참조.

6) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결.

투표의 결과(과반수의 찬성)에 있는지 아니면 찬반 투표의 과정(복수 노동조합에 대한 투표권 부여)에 있는지 여부이다. 대상 판결의 사안에서도 L노동조합원 전체에게 쟁의행위 찬반 투표를 실시하였더라도 쟁의행위 찬반 투표 결과에는 영향이 없다. 그러나 교섭대표노동조합이 참여한 쟁의행위 찬반 투표의 결과 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원 대비 과반수의 찬성을 얻었더라도 적법한 투표권을 부여하지 않았으므로 위 노조법 제41조를 위반한 것으로 판단해야 한다. 따라서 노조법 제41조 제1항이 처벌하고자 하는 대상은 찬반투표의 결과뿐만 아니라 복수 노동조합에 대해 투표권을 부여했는지 및 직접·비밀·무기명 투표를 했는지 등의 찬반 투표 과정도 포함한다고 보아야 한다.

네 번째 문제의식은 근원적으로 노조법 제41조 제1항 위반의 쟁의행위에 대해 노동형벌(노조법 제91조 벌칙)로 규율할 필요성이 있는지 여부이다. 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 찬반투표를 거치도록 한 노조법 제41조 제1항은 “노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합 의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정”<sup>7)</sup>이라는 점에서는 학설과 판례가 별다른 이견이 없는 점에 비추어 볼 때 위 규정을 준수해야 할 의무가 있는 자는 조합의 간부로서 찬반 투표 실시를 결정할 지위에 있는 자에 국한되고, 이 외의 조합원은 그 보호의 대상이 된다고 보아야 한다. 즉 조합원 찬반 투표를 실시하는 주체(노동조합의 대표자 및 간부)와 조합원과의 관계에서 그 의무 위반을 벌칙을 두어 범죄시해야 하는 것인지에 대한 의구심이 있다. 따라서 벌칙을 삭제하여 비범죄화하는 것이 바람직하다고 본다.

강선희(법학박사)

7) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결, 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도 4641 판결 등

## 자회사 노동조합을 대상으로 한 모회사의 업무방해 등 금지 가처분

- 서울중앙지방법원 2021. 4. 1. 자 2020카합22283 결정 -

### 【판결요지】

① 채무자 노동조합의 조합원들은 채권자의 자회사인 코레일네트웍스 주식회사 소속 근로자들로서 채권자가 관리하는 서울역사 내에서 매표, 특송 등의 일부 역무를 수행하고 있어, 채권자는 위 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리는 관계에 있는 점, ② 채무자들이 집회 등을 하는 목적은 임금 인상 등 근로조건 개선인데, 채권자는 자회사인 코레일네트웍스 주식회사 소속 근로자의 임금 수준을 결정하거나 이에 대해 어느 정도 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 채무자들로서는 채권자가 관리하는 서울역사에서 정당한 집회·시위 및 표현의 자유의 범위 내에서 쟁의행위를 할 수 있다고 봄이 상당하다.

다만 쟁의행위의 방법, 태양, 장소, 횟수, 위력행사의 정도, 동기와 철도안 전법의 입법 목적과 규정 내용 등에 비추어 볼 때, 채무자가 별지1 인용목록 각 행위를 하는 것은 사회적 상당성을 결여하여 채권자의 업무와 시설 관리권을 침해하는 행위로 판단된다.

채권자 한국철도공사는 서울역 건물과 서울역사 시설 전체에 대하여 국가 철도공단으로부터 관리업무를 위탁받아 수행하고 있는 법인이다. 채무자 노동조합은 채권자의 자회사인 코레일네트웍스 주식회사 소속 근로자들을 조직 대상으로 하는 노동조합이다. 그리고 A 등은 채무자 노동조합의 조합원들이다. 채무자 노동조합은 임금 인상, 정년 연장 등의 근로조건 개선을 주장하며 서울역사 안팎에서 쟁의행위를 지속하였다. 이에 채권자 한국철도공사는 A 등을 대상으로 서울역사 내 맞이방, 선상통로 및 승강장에서 장소를 점거하여 시위나 농성을 하는 행위 등 금지하여 달라는 가처분을 법원에 신청하였다.

본 사건의 법원인 서울중앙지방법원(이하 ‘본 법원’이라 함)은 먼저 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010다75754 판결의 내용을 인용하여 “사용자는 기업시설에 대한 방해배제 내지 방해예방청구권을 피보전권리로 하여 노동조합과 소속 조합원을 상대로 임시의 지위를 정하는 가처분을 구하거나 같은 내용의 본안소송을 제기할 수 있다. 이때 헌법이 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 보장하고 있고, 노동쟁의의 유동성에 비추어 법적 간섭은 최소한도에 그치는 것이 분쟁해결에 도움이 될 수 있으며, 노사의 이해 대립은 노사대등의 원칙에 입각하여 자주적으로 해결되는 것이 바람직하다는 점에서, 보전의 필요성이나 방해배제 내지 방해예방청구의 필요성을 판단할 때에는 고도의 신중함을 요한다.”고 설시한다. 즉, 채권자 사용자가 채무자 노동조합을 대상으로 일정 행위의 금지를 요구하는 가처분을 신청할 수 있는지에 대해서는 원칙적으로 인정하지만, 헌법이 보장하고 있는 노동3권과 노사자치의 측면에서 가처분 인용은 신중할 것을 표현한 것이다.

그리고 수단과 목적 면에서 쟁의행위의 내재적 한계 역시 밝힌다. “쟁의행위의 수단은 사용자 업무의 정상적인 운영을 저해하는 수준에 그쳐야 하고, 쟁의행위의 목적을 달성하기 위하여 필요한 수준에서 행사되어야 한다는 내재적 한계가 있으므로, 이러한 한계를 벗어난 행위는 그 쟁의행위의 방법 또는 태양이 사회적 상당성을 갖추었다고 볼 수 없어 위법하다고 보아야 한다.”는 것이다. 구체적으로는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’이라 함) 제37조 제1항, 제38조 제1항, 그리고 제38조 제3항이 규정하는 쟁의행위의 기본원칙과 노동조합의 지도 및 책임을 들고 있다.)

이런 관련 법리를 바탕으로 본 법원은 가장 쟁점이라고 할 수 있는 직접 고용계약을 체결하지 않은 채권자 사업장에서 채무자 노동조합원들이 쟁의행위를 할 수 있는지 여부를 판단한다. 본 법원은 ① 가처분을 신청한 채권자는 채무자 노동조합원들이 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리는 관계에 있다는 점, 그리고 ② 채무자 노동조합원들이 집회 등을 하는 목적은

1) 노조법 제37조 ① 쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니된다.

제38조 ① 쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니된다.

③ 노동조합은 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도·관리·통제할 책임이 있다.



임금 인상 등 근로조건의 개선인데, 채권자는 자회사인 코레일네트웍스 소속 근로자의 임금 수준을 결정하거나 이에 대해 어느 정도 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있다는 점을 근거로 채무자 노동조합원들은 채권자가 관리하는 서울역사에서 정당한 집회·시위 등 표현의 자유의 범위 내에서 쟁의행위를 할 수 있다고 보았다. 따라서 채무자 노동조합원들의 단체행동 자체가 위법하다는 채권자의 주장은 받아들이지 아니하였다.

다만 채무자 노동조합이 한 쟁의행위의 방법, 태양, 장소, 횟수, 위력행사의 정도, 동기, 철도안전법의 입법 목적과 규정 내용 등에 비추어 볼 때 별지 1의 인용목록 각 행위들<sup>2)</sup> 하는 것은 사회적 상당성을 결여하여 채권자의 업무와 시설관리권을 침해하는 행위로 판단되고, 채무자 노동조합원들의 위행위가 장차 반복될 개연성이 있으므로 채권자가 채무자 노동조합원들에 대하여 그 금지를 구할 피보전채권과 보전의 필요성이 소명된다고 결정하였다.

그러나 본 법원은 맞이방에서 10인 미만이 모이는 방법으로 장소를 점거하여 시위나 농성을 하는 행위와 위 장소에 현수막, 피켓 등을 설치하는 행위는 사회적 상당성을 결여하여 채권자의 업무와 시설관리권을 침해하는 정도에 이른다고 단정하기 어렵다고 하여 채권자의 이 부분 신청은 받아들이지 않았다. 그 외에도 채권자의 신청목록 중 스피커, 앰프 등을 사용하거나 집단적으로 구호를 외치는 방식으로 과도한 소음을 발생시키는 행위, 타인에게 신청목록의 금지행위를 하도록 강제 또는 독려하는 행위, 그리고 기타 신청인의 업무를 방해하는 행위의 경우는 추상적이거나 지나치게 광범위하여 집행이 가능할 정도로 특정이 되었다고 볼 수 없어 인용하지 않았다.

하청 기업 및 자회사의 노동조합원들이 원청 기업과 모회사의 사업장과 그 주변에서 집회·시위 및 쟁의행위를 하는 것은 흔히 볼 수 있는 일이다. 하청 기업·자회사의 근로자들이 직접 근로계약을 체결한 본 기업의 사업장에서 집회·시위와 쟁의행위를 하는 것은 우리 헌법이 보장하고 있는 단결권 및 단체행동권에 근거하여 당연하다. 그러나 직접적인 근로계약을 체결

2) 본 법원이 인용목록에서 채무자 노동조합에게 금지한 행위는 서울역사 내 맞이방에서 ① 10인 이상 모이는 방법으로 위 장소를 점거하여 시위나 농성을 하는 행위, ② 위 장소에서 집회나 시위를 위한 시설물을 설치하여 점거하는 행위, ③ 이 결정에서 금지한 점거행위를 한 경우 채권자의 퇴거요청에도 퇴거하지 않고 점거하는 행위, ④ 역사 내 이동을 방해하거나 통로를 막아서는 행위 등이다.

하지 아니한 원청 기업 또는 모회사의 사업장에서 하청 기업 또는 자회사의 근로자들이 집회 등을 하는 것 또한 허용될까? 우리 대법원은 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결에서 “(원청 기업의 사업장은 사내 하청인) 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 근로계약 관계를 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.”(밑줄은 글쓴이 강조)고 하여 사내 하청인 근로자들이 원청 기업의 사업장 내에서 쟁의행위를 하는 것을 긍정하였다. 다만 대법원 판결의 사실관계를 보면 사내 하청으로서 원청 기업의 사업장 내에서 노무를 제공하였다는 특징이 있다.

본 사건의 사실관계에서 코레일 네트워크는 철도승차권의 예약·발매와 철도 여행에 대한 안내 및 고객 불편 사항을 접수하는 등의 역할을 하는 자회사로 모회사인 한국철도공사와 일터의 영역이 일부는 겹치지만 전부 함께 하는 것은 아니다. 따라서 위의 대법원 판결이 그대로 적용될 수는 없는 사안이었다. 따라서 모회사의 영업의 자유와 시설관리권이 우선시될 것 같지만, 본 법원은 대법원의 판시와 같이 모회사가 자회사 노동조합원들의 근로에 의해 일정한 이익을 누린다는 점, 그리고 모회사가 자회사 노동조합원들의 근로조건에 직·간접적인 영향을 미친다는 점을 들어 ‘정당한’ 집회·시위 및 표현의 자유의 범위 내에서 쟁의행위를 할 수 있다고 실시하였다. 즉, 대법원의 판시를 확장하여 비록 근로장소를 함께 하지 않지만, 자회사(또는 하청 기업)의 근로자들의 모회사(또는 원청 기업) 사업장 내의 집회·시위 및 쟁의행위를 긍정한 것이다. 이 점에서 본 결정은 하급심이지만 위 대법원 판결의 지평을 확대한 것으로 높이 평가될 수 있다.

그러나 주의해야 할 점도 있는데 본 법원이 최종적으로 내린 판단이 노사간의 이익 갈등에 있어 기계적 균형을 맞추려 한 것이 아닌가 하는 점이다. 자회사 노동조합원들의 모회사 사업장 내 쟁의행위와 그에 따른 모회사 채

권자의 자회사 노동조합원들에 대한 가처분 신청을 들 다 긍정적인 다음 모회사 채권자의 금지행위 청구목록 중 일부만을 받아들인 것은 양자 모두의 이익을 고려한 결과물이라 보여진다. 결론적으로 자회사 노동조합원들이 자신의 주장을 개진할 통로를 유지하였다는 점에서 다행이라고 생각하지만, 자칫 법원이 기계적 중립에 매몰될 수 있다는 점을 경계하고 싶다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)



## 사용자의 부당노동행위에 의해 설립된 노동조합의 법적 지위

- 수원지방법원 안양지원 2021. 8. 26. 선고 2019가합101811 판결 -

### 【판결요지】

노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나, 노동조합이 설립될 당시부터 사용자가 위와 같은 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 노동조합 측과 적극적인 통모·합의가 이루어진 경우 등과 같이 해당 노동조합이 헌법 제33조 제1항 및 그 헌법적 요청에 바탕을 둔 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였다면, 설령 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리되었다더라도 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 노동조합은 노동조합법상 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다.

사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립되었다는 사실이 당해 노동조합의 자주성 결여로 귀결될 수 있는가. 최근 판결들은 이러한 물음에 긍정하는 것으로 보인다. 대상판결은 법원이 복수노조 시행과 함께 진성노조에 대한 대항노조로서 설립된 에버랜드 노조의 자주성을 부정하여 그 설립의 무효를 확인한 판결이다. 유성기업 노조의 설립 무효를 확인한 대법원 판결 이후 최초로 하급심에서 노동조합의 설립 무효를 확인한 판결이기도 하다.<sup>1)</sup>

1) 삼성그룹의 노사전략에 따라 대항노조로 설립된 노동조합들의 자주성, 독립성이 의심된다는 취지의 판결 및 결정이 이어지고 있다. 최근 서울중앙지방법원은 삼성화재노조(상급단체 한국노총)가 ‘삼성화재평의원협의회노조는 삼성화재노조가 설립되자 평의원협의회가 친사노조로 전환된 조직으로 실제적으로 자주성, 독립성이 결여되었으며, 그 설립 과정에 중대한 절차적 하자가 있다.’고 주장하며 삼성화재해상보험을 상대로 단체교섭중지가처분을 신청한 사안에서, 평의원협의회노조의 설립과정에서 발생한 절차상 하자들을 인정하는 한편, 노동조합으로서의 자주성 등을 갖추고 있는지에 대해서도 상당한 의문이 든다고 판시하며, 삼성화재노조의 단체교섭중지가처분신청을 인용하였다(서울중앙지법 2021. 9. 3.자 2021카합21213 결정).

에버랜드 사건의 개요 및 주된 쟁점은 다음과 같다.

2011년 7월 복수노조 설립이 허용됨에 따라, 삼성그룹은 비노조 경영방침을 유지하기 위해 매년 그룹노사전략을 수립한 뒤 사장단 세미나, 임원 및 노사담당자 교육을 통해 계열사 등에 그 전략의 시행을 순차로 지시하였다. 그러던 중 에버랜드 내에서 노조설립계획 문건이 발견되자 노조설립에 대응하기 위하여 상황실을 설치·운영하며 설립 신고한 삼성노조의 활동 동향 등을 파악하는 한편, 삼성노조 설립을 주도한 노조원들을 징계하는 등으로 노조를 와해하려는 시도를 하였다. 또한 삼성 측은 노조 경험이 없는 근로자로 하여금 위원장직을 맡을 것을 제안한 뒤 설립신고서, 규약 작성·검토 등을 지원하고 설립된 에버랜드 노조의 조합원을 상대로 단체교섭 시뮬레이션 등을 한 뒤 삼성 측의 요구가 반영된 단체협약 등을 체결하였다. 그러던 중 에버랜드 노조가 삼성 측에 의해 설립된 어용노조라는 내용의 ‘삼성그룹 노사전략’ 문건이 폭로되자, 노조위원장이 변경되었으며 2기 간부들은 삼성 측과 노사간담회 형식으로 만나 삼성노조 법적 분쟁 동향 및 대응방안 등을 전달받기도 하였다. 2019년 전 삼성그룹 미래전략실 총괄임원 등이 ‘삼성노조의 조합원들을 부당하게 징계하여 삼성노조의 업무를 방해하고, 대항노조인 에버랜드 노조를 설립한 후 그 운영에 관한 지배행위를 하였다’는 등의 범죄사실로 기소되어 유죄판결을 선고받았다.

대상판결은 삼성노조의 상급단체인 전국금속노동조합(이하 ‘원고노조’라 한다)이 에버랜드 노조(이하 ‘피고노조’라 한다)를 상대로 피고노조의 설립 무효 확인을 구한 사안이다. 동 판결에서는 복수노조 중 한 노동조합이 다른 노동조합을 상대로 설립 무효의 확인을 구할 확인의 이익이 있는지, 부당노동행위에 의해 설립된 노동조합의 주체성·자주성을 부정하여 그 노동조합의 설립을 무효로 할 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다. 대상판결은 첫 번째 쟁점에 대해 유성기업 노조의 설립 무효를 확인한 대법원 판결<sup>2)</sup>을 원용하면서, 교섭창구 단일화 제도가 적용되고 있는 현행 노동법하에서 원고노조가 피고노조를 상대로 설립무효확인 소를 제기할 확인의 이익이 있다고 보았다. 그다음으로 피고노조는 그 조직이나 운영을 지배하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 설립된 것으로서 헌법 제33조 제1항 및 노동조합법 제2조

2) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결.

제4호가 규정한 실질적 요건(주체성, 자주성)을 갖추지 못하였고, 이러한 피고노조의 설립은 무효라고 봄이 타당하다고 판단하였다.<sup>3)</sup>

대상판결이 피고노조의 설립을 무효라 판단한 구체적인 논거는 다음과 같다.

먼저 ① 피고노조는 삼성그룹의 비노조 경영 방침을 유지하고 향후 자생적 노조가 설립될 경우 그 활동을 방해할 목적으로 사용자 측의 전적인 계획과 주도하에 설립된 점, ② 삼성 측이 자체 검증을 거쳐 에버랜드 노조의 1기 위원장과 노조원을 선정한 점, ③ 단체교섭 시에도 삼성 측으로부터 단체교섭 시뮬레이션 교육을 받은 뒤 설립 직후 삼성 측과 단체협약을 체결하였는데 이러한 행위는 삼성노조의 단체교섭 요구를 봉쇄하기 위한 것인 점, ④ 관련 형사사건에서 삼성 측 인사들이 에버랜드 노조의 설립 단계에서 지배행위를 하였다는 노동조합법위반죄에 대하여 유죄판결을 받기도 한 점에 비추어 보았을 때, 피고노조는 그 조직이나 운영을 지배하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 설립된 것으로, 헌법 제33조 제1항 및 그 헌법적 요청에 바탕을 둔 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건(주체성, 자주성)을 갖추지 못하였다. 또한 피고노조가 설립된 이후 자주성을 회복하는 등으로 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정도 보이지 않는다. 따라서 피고노조는 노동조합법상 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 판단하였다. 즉, 자생적 노조의 설립을 방해할 목적으로 사용자의 전적인 계획과 주도하에 노동조합이 설립되었다면,<sup>4)</sup> 그러한 부당노동행위에 의해 설립된 노

3) 노동조합이 다른 노동조합의 설립 무효를 확인할 이익이 있는지와 관련된 첫 번째 쟁점은 유성기업 노조 설립 무효 판결을 다룬 평석에서 많이 소개되어 있다. 이 글에서는 두 번째 쟁점에 초점을 맞춰 살펴보고자 한다(유성기업노조 설립 무효 판결에 관한 리뷰는 노호창(2016), 「노조가 다른 노조의 자주성을 문제삼을 수 있는지 여부」, 『노동리뷰』 제135호; 김근주(2021), 「노동조합의 자주성에 관한 법적 판단」, 『노동리뷰』 제193호 참조).

4) 본 사안은 아니지만, 삼성그룹 미래전략실, 삼성전자, 삼성전자서비스의 임직원들이 협력업체의 대표들과 삼성의 그룹노사전략에 따라 삼성전자 협력업체 노조와해 전략을 수립·시행하여 부당노동행위 등의 범죄사실로 기소된 사안에서, 법원은 30여 명에 달하는 피고인들의 유죄를 인정하며 “노조와해전략은 반헌법적 행위에 해당한다.”(서울중앙지법 2019. 12. 17. 선고 2018고합557 판결)고 판시한 바 있다(이 판결에 대한 리뷰는 방강수(2020), 「노조와해 전략은 반헌법적 행위이다」, 『노동리뷰』 제181호 참조).

동조합은 근로자가 주체가 되어 결성한 자주적인 단결체인 노동조합으로 볼 수 없으므로, 그 설립은 무효라는 것이다.

그렇다면 노동조합의 ‘자주성’이란 무엇일까.

헌법 제33조 제1항은 “근로자가 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정함에 따라, 근로자들이 결성한 근로자단체는 근로자들 스스로가 주체가 되어 국가로부터 자주성을 확보하여야 한다.<sup>5)</sup> 노동조합법 제2조 제4호는 이러한 헌법상 요청을 이어받아 헌법 제33조 제1항에 근거하여 그 집단적 단결권이 보장되는 근로자단체의 본질적 성질을 구체화하면서 노동조합법에 의한 보호를 받을 수 있는 근로자단체인 노동조합을 정의함으로써 그 실질적 요건(주체성, 자주성)을 규정한 것이다.<sup>6)</sup> 즉, 근로자들의 단결체인 노동조합이 자주적이어야 한다는 헌법 요청에 의하여 노동조합법은 노동조합의 실질적 요건으로서 자주성을 규정하고 있는 것이다. 그런데 노동조합의 자주성에 대한 판단은 쉽지 않다. 노동조합의 노선에 따라 그 운영은 사용자와 대립하는 관계에서 이루어질 수도 있을 것이고, 소위 친사노조와 같이 사용자와 협조적인 관계에서 이루어질 수도 있기 때문이다. 헌법은 근로자를 그 향유 주체로 하여 단결권을 보장하며, 단결권은 자유권적 성격을 갖는다.<sup>7)</sup> 따라서 근로자의 단결할 자유에 대한 국가의 개입은 최소한의 경우에 한하여 허용되어야 한다. 근로자의 단결체인 노동조합의 자주성에 대한 판단은 엄격해야 한다. 예컨대 사용자가 노동조합의 운영에 개입하여 사용자의 의향이 그 운영에 반영된다고 하더라도, 노동조합이 조금이라도 자주적으로 운영되고 있는 한 근로자들의 단결체인 노동조합으로 인정되어야 할 것이다.<sup>8)9)</sup>

대상판결의 사안의 경우 피고노조가 원고노조의 대항노조로서 사용자의

5) 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671 결정 등 참조.

6) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결.

7) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결 등 참조.

8) 니시타니 사토시 저, 김진국 외 역(2009), 『일본노동조합법』, 박영사, p.97.

9) 한편 일본에서는 노동조합법 제2조의 요건을 충족하지 못하면 자주성을 결한 것으로, 노동조합법상 노동조합으로서의 보호를 받을 수는 없지만 헌법상 노동조합으로는 인정해야 한다고 보는 견해가 유력하다고 한다. 자주성의 문제는 사후적 판단으로 용이하지 않고 사용자의 이익대표자라 할지라도 헌법상 근로자임을 부정할 수 없으므로 노동3권을 향유한다는 것이다(노상현(2014), 『노동조합 자격심사제도의 재검토-일본법과의 비교 검토를 중심으로』, 『노동법학』 제51호, 한국노동법학회, p.149).

전적인 계획과 주도하에 설립·운영되었다. 사용자 측은 그룹노사전략을 실행하기 위해 상황실을 설치하여 원고노조의 설립 주동자들의 동향을 감시하고 부당징계하였으며, 피고노조의 설립신고서, 규약의 작성·검토를 지원하였다. 설립된 피고노조에 행동지침을 제공하고, 단체교섭 시물레이션을 실시하기도 하였다. 또한 이러한 행위가 지배·개입의 부당노동행위로 인정되어 사용자 측 인사들이 관련 형사사건에서 유죄판결을 받기도 하였다. 이와 같이 자생적 노조의 활동을 방해할 목적으로 사용자의 전적인 계획과 주도하에 노동조합이 설립·운영된 경우, 법원은 그 노동조합은 처음부터 근로자가 주체가 되어 설립되지 아니하였고 그 운영에 있어서도 사용자가 사실상 주도하였으므로, 노동조합으로서의 자주성이 완전히 결여되었다고 보아, 근로자들의 자주적 단결체인 노동조합이 아니라고 판단한 것이라 생각된다.

복수노조가 허용된 이후 수많은 회사가 대항노조를 설립하여 교섭대표지위를 획득하고 교섭권을 독점하는 등의 방법으로 자생적 노조의 활동을 방해하고 있는 것으로 보인다. 이러한 경우 그 노동조합이 사용자에게 협조적인 친사노조인지, 자주성이 완전히 결여된 어용노조인지 구분하는 것은 쉽지 않다. 사용자가 노동조합의 설립·운영에 개입하여 사용자의 의향이 그 운영에 반영되었다고 하여 바로 그 노동조합이 자주성이 완전히 결여된 노동조합이라 단언할 수는 없기 때문이다. 유성기업 노조 사건과 대상판결의 사안과 같이 자생적 노조의 활동을 방해하기 위해 사용자의 전적인 기획하에 노동조합이 설립·운영되고 있음이 드러나는 경우는 그리 많지 않다. 향후 법원이 노동조합의 자주성이 의심되는 사안에서 동 판결의 법리를 적용하여 노동조합의 설립을 무효로 판단할 수 있을지, 이를 통해 교섭창구 단일화제도하에서 자생적 노조가 받게 되는 노동3권 행사의 제약이 해소될 수 있을지 여부는 명확하지 않다.

확정 판결이 나오기 전까지 피고노조의 법적 지위는 어떻게 될 것인가. 동 판결은 민사상 예비판드 노조의 설립 무효를 확인한 것으로 이 판결이 설립 취소로 이어지지 않는다.<sup>10)</sup> 피고노조의 설립이 취소되지 않은 상황에서 피

10) 금속노조는 지난해 관할 행정관청에 노조설립 직권취소를 요구하는 진정을 제기하였다고 한다. 그러나 관할 행정관청인 용인시는 예비판드 노조가 설립총회를 개최하지 않았거나 임원을 선출하지 않은 증거, 사용자의 이익을 대표하는 사람이라고 확인할 수 있는 증거 등 추가자료가 제출되지 않았고, 대법원 확정판결이 나지 않은 상태에서

고노조가 과반수 노조로 공고되어 원고노조가 노동위원회에 과반수 노조 이의신청을 제기한다면, 노동위원회가 판정 과정에서 피고노조가 자주성을 결하였다고 보아 원고노조가 과반수 노조로 인정을 받을 수 있을까. 동 판결 이후에도 이처럼 풀리지 않는 문제들이 계속될 것으로 보인다.

강주리(법학박사)

---

시가 임의로 에버랜드 노조의 설립을 취소하는 것은 어렵다는 입장을 보이고 있다(경향신문, “‘삼성 개입한 어용노조는 무효’ 판결 나오기까지 10년 걸렸다.”(2021. 8. 30.), [https://news.v.daum.net/v/2021083015055\\_1696](https://news.v.daum.net/v/2021083015055_1696)).

# 쟁의행위

## 대리점 택배기사 파업에 대한 원청회사의 대체인력 투입(2)

- 대구지방법원 경주지원 2020. 10. 15. 선고 2019고단589 판결 -

### 【판결요지】

위와 같은 법리에 비추어 살피건대, 피해자 회사가 피고인들의 사용자가 아닐뿐더러, 설령 피해자 회사가 피고인들의 사용자라고 하더라도 피해자 회사가 피해자 회사의 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 경주지역 배송업무 수행을 위하여 채용 또는 대체하였다고 단정할 수 없다는 것은 앞서 본 바와 같으므로, 피고인들의 출차방해 행위가 정당행위나 정당방위에 해당한다고 보기도 어렵다.

### 1. 쟁점 및 대상판결의 착각

대상판결은 ‘대단한 착각’을 하고 있다. 대리점 택배기사의 파업에 대해 CJ대한통운 주식회사(이하 ‘CJ사’, 대상판결상 ‘피해자 회사’)가 직영택배기사(1)를 대체 투입하자, 이를 실력 저지한 노조간부들(피고인들)이 업무방해죄로 기소된 사안에서, 쟁점은 ‘피고인의 업무방해죄 여부’인데 대상판결은 엉뚱하게도 CJ사가 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’) 제43조 제1항2)을 위반했는지만을 따져서 잘못된 결론을 내렸다.

물론 CJ사의 노조법 제43조 제1항 위반이 인정되면 CJ사의 행위는 ‘위법

1) CJ사와 ‘직접 근로계약’을 체결한 택배기사

2) 제43조 ① 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.



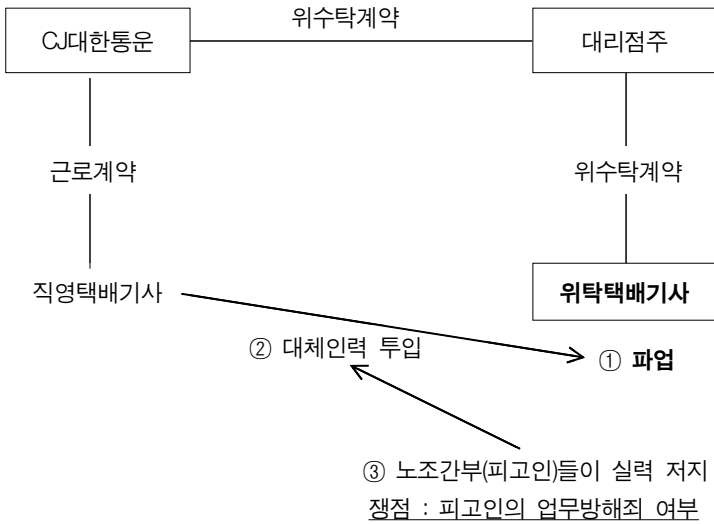
한 대체근로'이므로 피고인의 업무방해 혐의는 무죄가 된다.<sup>3)</sup> 그러나 '위법한 대체근로'는 노조법 제43조 제1항 위반의 경우뿐만 아니라 동 규정과 '무관한 경우'도 있음을 대상판결은 간과했다('무관한 경우'는 뒤에서 상술한다). 그래서 대상판결은 문제가 많다. 지난 2020년 11월 "대리점 택배기사 파업에 대한 원청회사의 대체인력 투입"이란 제목으로 판례리뷰<sup>4)</sup>를 쓴 이후, 좀 늦은 감이 있지만, 다시 한번 이 주제를 언급하는 것은 대상판결의 착각을 정확히 지적하기 위함이다.

2020년 11월에 리뷰를 했던 부산지방법원 서부지원 선고 2020. 9. 9. 선고 2019고정1106 판결과 대상판결의 사실관계는 동일하다(지역만 다를 뿐이다). 그런데 부산지법 서부지원 판결은 '피고인 무죄'(이하 '무죄판결'), 대상판결은 '피고인 유죄'라고 결론을 달리했다.

이외에도 CJ사의 대체인력 투입 사건에 대한 형사판결은 더 있는데,<sup>5)</sup> 주요 사실관계는 모두 동일하다. 간략히 정리하면, 'CJ사-대리점주-위탁택배기사의 3면 관계(간접고용관계)에서, '대리점주를 상대로' 한 위탁택배기사(전국택배연대노조)의 파업에 대하여 원청회사인 CJ사가 자신의 근로자인 직영택배기사를 대체 투입하자, 노조간부인 피고인들이 직영택배기사의 업무를 실력 저지한 것이다.<sup>6)</sup>

- 
- 3) "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).
  - 4) 방강수, 「대리점 택배기사 파업에 대한 원청회사의 대체인력 투입」, 『노동리뷰』 제188호, 한국노동연구원, 2020. 11, pp.98-101.
  - 5) 이 판결들에 대한 상세한 분석은 박은규, 「대체근로 제한과 업무방해죄 판단의 법리적 구조」, 『사회법연구』 제42호, 한국사회법학회, 2020. 12; 노호창, 「대체근로 저지에 관한 법적 쟁점과 최근 주요 사례의 검토」, 『노동법연구』 제50호, 서울대학교 노동법연구회, 2021.3. 참조.
  - 6) 자세한 사실관계는 방강수, 앞의 글, pp.98-99 참조.





## 2. 대체근로 위법성 판단의 2가지 접근법

피고인의 업무방해죄 여부는 CJ사가 행한 ‘대체근로의 위법성’에 달려 있다. 위법한 대체근로에 대한 실력 저지는 정당행위로 평가받기 때문이다. 사안의 쟁점은 당연히도 ‘대체근로의 위법성’이다. 위법한 대체근로는 2가지이다. ① ‘사용자’가 노조법 제43조 제1항을 위반하여 대체근로를 한 경우, ② 그리고 사용자가 아닌 ‘제3자’의 대체인력 투입이다. 즉, ‘사용자의 위법한 대체근로’와 ‘제3자의 위법한 대체근로’로 나뉜다. 대상판결의 패착은 후자의 경우를 전혀 보지 못하고 전자에만 집착한 것이다.

후자의 경우는 뒤에서 보기로 하고, 먼저 전자의 경우부터 본다. CJ사의 대체인력 투입 사건에 대한 여러 판결들은 ‘사용자의 위법한 대체근로’, 즉 노조법 제43조 제1항을 위반한 대체근로인지 여부를 따진다. 동 규정과 관련하여, CJ사가 ‘대체근로 제한 의무를 부담’하는 “사용자”에 해당하는지, 그리고 ‘대체 투입된 직영택배기사’가 “당해 사업과 관계없는 자”에 해당하는지가 문제 된다. 이에 대한 무죄판결과 대상판결을 비교해 본다.



	노조법 제43조 제1항의 해석		대체근로의 위법성	피고인
	“사용자” 해당 여부	“당해 사업과 관계없는 자” 여부		
무죄판결	해당	해당	위법	무죄
대상판결	미해당	(설령 사용자여도, 미해당)	위법 아님	유죄

무죄판결은 사용자의 의미를 ‘넓게’ 파악했다. 실질적 지배력설 법리<sup>7)</sup>를 적용하여 CJ사를 노조법 제43조 제1항의 사용자로 인정하였다. 그런데 당해 사업의 범위는 ‘좁게’ 파악하여, 대체 투입된 CJ사의 직영택배기사는 당해 사업과 관계없는 자라고 본 것이다. CJ사와 대리점들은 긴밀한 유기적 관계에서 하나의 택배사업을 운영하고 있는데, ‘사용자’(넓게)와 ‘당해 사업’(좁게)을 상반된 방향으로 해석하는 것은 모순적이다.<sup>8)</sup>

한편 대상판결은 “피해자 회사가 피고인들의 사용자가 아닐뿐더러, 설령 피해자 회사가 피고인들의 사용자라고 하더라도 피해자 회사가 피해자 회사의 사업과 관계없는 자를 정의행위로 중단된 경주지역 배송업무 수행을 위하여 채용 또는 대체하였다고 단정할 수 없다.”고 하였다. 즉, ① CJ사는 일단 노조법 제43조 제1항의 사용자가 될 수 없으나, ② ‘설령’ 사용자로 인정하더라도 직영택배기사는 사업과 관계없는 자에 해당되지 않는다고 하였는데, 이는 당해 사업의 범위를 ‘넓게’ 파악한 것이다.

대상판결은, 해당 택배사업은 “전국단위의 물류시스템을 기반으로” 하여 “유기적으로 연결되어 하나의 사업을 완성”한다고 하여, CJ사가 직영택배기사를 대리점주 위탁택배기사가 수행했던 경주지역 배송업무에 투입하였다고 하더라도, 직영택배기사를 당해 사업과 관계없는 자로 단정할 수 없다고 하였다. 이는 CJ사의 사업과 대리점주의 사업이, 유기적으로 연결되어 완성되는 “하나의 사업”이란 의미이다. 즉, 대상판결은 당해 사업의 의미를 ‘넓게’ 해석하였다. 그런데 사용자의 의미를 ‘좁게’ 해석하여 CJ사의 사용자성을 부정한 것은 역시 모순적이다. 대상판결도 ‘사용자’(좁게)와 ‘당해 사업’(넓게)을 상반된 방향으로 모순되게 해석하였다.

7) 현대중공업이 하청근로자에 대해 지배개입을 한 사안에 대한 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결의 법리이다.

8) 방강수, 앞의 글, p.100.

### 3. 제3자의 위법한 대체근로

그러나 대상판결의 중대한 문제점은 다른 곳에 있다. 대상판결은 CJ사는 위탁택배기사의 사용자가 아니라고 판단하였는데, 그렇다면 CJ사의 대체인력 투입은 ‘제3자의 위법한 대체근로’이다(그 결과 피고인은 무죄이다). 대상판결의 판단처럼, CJ사가 위탁택배기사의 사용자가 아니라면, 즉 CJ사와 대리점주가 각각 별개의 사업을 운영하는 것이라면, CJ사는 ‘남의 회사’의 파업에 대체인력을 투입한 것이다. 예를 들어, 자동차부품회사와 그 근로자 간의 교섭결렬로 파업이 일어났는데, 완성차제조회사가 자신의 근로자를 대체인력으로 투입한 꼴인 셈이다. 남의 회사의 파업에 대체인력을 투입하는 것은, 그 어디에서도 정당성을 찾을 수 없으므로 당연히 불법이다.

‘전교조 판결’로 알려진 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결의 다수의견은 노동3권의 ‘자유권’성을 분명히 밝혔다.<sup>9)</sup> 따라서 노동3권 침해금지의 수규자는 사용자뿐만이 아니라 모든 사람이다. 사용자가 아닌 ‘제3자’가 정당한 사유 없이 노동3권을 침해하는 행위를 하였다면, 기본권의 대사인적 효력에 따라 그 행위는 당연히 위법이다.

CJ사가 파업근로자의 사용자가 아니라고 한다면, CJ사의 행위는 정당한 사유 없이 파업근로자의 노동3권을 침해한 것으로 그 자체로 위법하다. 대리점주의 파업으로 자신의 택배사업에 지장이 왔다면, 대체인력 투입이 아닌 다른 방법으로 해결책을 찾아야 한다. 예를 들어, 자동차부품회사의 근로자가 파업을 했다고 해서 완성차제조회사가 부품회사에 대체인력을 투입하면 아니 되고, 다른 경로로 부품을 조달하는 방법을 찾아야 한다.

다시 정리해보면, 위법한 대체근로는 2가지이다. ① ‘사용자의 위법한 대체근로’이다. 대체인력을 투입한 자의 사용자성이 ‘인정’되면, 노조법 제43조 제1항의 위반 여부(즉, ‘사용자’가 노조법상 제한적으로 허용하는 대체의 범위를 벗어났는지 여부)를 따져서 대체근로의 위법성을 판단한다. ② ‘제3자

9) “노동3권은 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..... 특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.”(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결의 다수의견)



의 위법한 대체근로'이다. 대체인력을 투입한 자의 사용자성이 '부정'되면, 이것은 곧바로 위법한 대체근로이다.

사안의 쟁점은 피고인의 업무방해죄에 직결되는 '대체근로의 위법성'이므로, 대상판결은 2가지 경우를 모두 고려했어야 한다. 그러나 후자는 전혀 보지 못하고, 전자와 관련된 노조법 제43조 제1항만 본 것이다. 그러다 보니 대상판결은 CJ사의 '노조법 제43조 제1항 위반의 죄'를 따지는 오류를 범하였다. 대상판결이 언급한 "노동조합법 제43조 제1항의 사용자에 포함되는 것으로 해석하게 되면 노동조합법 제91조, 제43조 제1항의 범죄구성요건인 행위주체의 범위를 지나치게 유추 또는 확장함으로써 죄형법정주의에 반하는 점 등에 비추어..... 사용자에게 해당한다고 인정할 수 없다."는 설시가 이런 오류를 잘 보여준다.

CJ사의 '노조법 제43조 제1항 위반의 죄'를 따지는 사안이 아니었음에도 대상판결은 여기에 집착하였고, '제3자의 위법한 대체근로'를 전혀 보지 못하여 잘못된 결론을 내렸다. 만약에 CJ사가 대리점주 위탁택배기사의 사용자가 아니라면, 대상판결은 곧바로 위법한 대체근로로 보아 피고인의 무죄를 선고했어야 했다. 이것이 대상판결의 대단한 착각이다.

#### 4. '사용자'와 '당해 사업'의 일관된 해석

한편 대상판결 이후에 유죄를 선고한 울산지방법원 2020. 12. 16. 선고 2018고단3498, 2019고단2055, 2020고단2840 판결(이하 '유죄2판결')도 살펴볼 필요가 있다. 결론은 대상판결과 동일하게 유죄이지만, 근거는 전혀 다르다.

	노조법 제43조 제1항의 해석		대체근로의 위법성	피고인
	"사용자" 해당 여부	"당해 사업과 관계없는 자" 여부		
무죄판결	해당	해당	위법	무죄
대상판결	미해당	(실령 사용자여도, 미해당)	위법 아님	유죄
유죄2판결	해당	미해당	적법	유죄

유죄2판결은 ‘사용자’(넓게)와 ‘당해 사업’(넓게)을 같은 방향으로 모순되지 않게 해석하였다. 유죄2판결은, 무죄판결과 마찬가지로 실질적 지배력설에 따라 CJ사의 사용자성을 인정하였으나, 무죄판결과 달리 당해 사업의 범위는 ‘넓게’ 파악하여 대체 투입된 직영택배기사를 당해 사업과 관계없는 자가 아니라고 판단하였다.

‘당해 사업’에 대한 유죄2판결의 해석은 매우 의미가 크다. 유죄2판결은, CJ사가 각 지역별로 대리점을 두고 각 지역의 택배화물 운송업무를 영위하고 있더라도 그 전체를 ‘하나의 사업’이라고 보는게 타당하다고 한다. 즉, CJ사와 대리점이 ‘하나의 사업’(택배화물운송사업)을 한다는 것이다. 따라서 ‘당해 사업’을 각 지역의 대리점에 국한해서(즉, 좁게) 해석하면 아니 된다고 한다.

CJ사와 대리점들은 별개의 기업이긴 하나, 택배화물운송이라는 ‘하나의 사업’을 한다는 판시는 중요하다. 이유는 다음과 같다. 노동법상 의무주체인 사용자는 ‘사업주’이다.<sup>10)</sup> 실무상 ‘사업’을 ‘기업’과 동일시하는 경향이 있으나(예컨대, 300인 이상 기업, 기업별 노조 등), 노동관계법령 어디에도 ‘기업주’는 등장하지 않는다. 모두 ‘사업주’라고 규정하고 있다. 사업과 기업을 동일시할 근거는 전혀 없다. 복수의 기업이 하나의 사업을 운영하는 것은 얼마든지 가능하고,<sup>11)</sup> 그 사업의 주인(主)이 노동법상 의무주체인 사업주가 된다.

사안에서 택배화물운송이라는 ‘하나의 사업’을 운영하는 주인은 CJ사로 보아야 한다. 따라서 CJ사는 직영택배기사와 위탁택배기사 모두의 사업주가 된다. 실질적 지배력설에 따라 CJ사를 위탁택배기사의 사용자로 인정하는 것과 결과적으로는 동일해진다. 그런 점에서 노조법 제43조 제1항의 ‘사용

10) 근로기준법 제2조 제1항 제1호 및 노동조합법 제2조 제2호 등 참조.

11) 복수의 기업을 ‘하나의 사업’으로 본 경우는 많다. (i) 태광산업(주)의 화섬부문과 대원화섬(주)이 “사실상 1개 단위의 회사로 운영”된 점 등을 근거로 긴박한 경영상의 필요에 대해 두 법인기업을 종합적으로 판단해야 한다는 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결, (ii) 임금차별을 목적으로 설립한 별개의 사업은 “동일한 사업”으로 간주하는 남녕고용평등법 제8조 제2항, (iii) 둘 이상의 사업주가 같은 장소에서 “하나의 사업”을 분할하는 경우의 구상권 예외를 규정한 산업재해보상보험법 제87조 제1항 단서, (iv) 제3자가 “원고용주와 동업관계 또는 공동사업관계 기타 이와 유사한 협력관계에 있어 사실상 하나의 사업장”을 이루며 원고용주와 공동으로 근로자에게 지휘·명령을 하는 경우 그 제3자도 사용자로 인정될 수 있다는 법리를 제시한 서울고등법원 2021. 4. 13. 선고 2020나2024456 판결(기아차와 대리점 카마스터 사건) 등이다.

자'(넓게)와 '당해 사업'(넓게)을 같은 방향으로 해석한 유죄2판결이 가장 타당하다고 생각한다.<sup>12)</sup>

## 5. 근로자 측의 딜레마

면약에 피고인 측이 '제3자의 위법한 대체근로'를 주장했다면 어렵지 않게 무죄 판결을 받았을 것이다. 그러나 이것의 전제는 CJ사의 사용자성을 부정하는 것이므로, 이 주장을 하기는 어려웠을 것이다.

그래서 피고인 측은 CJ사의 사용자성을 먼저 주장하였다. 그래서 '사용자의 위법한 대체근로', 즉 CJ사가 노조법 제43조 제1항을 위반했는지가 쟁점이 되었다. 아마도 피고인들이 소속된 전국택배연대노조와 (대리점주가 아닌) CJ사와의 직접 단체교섭을 염두해 둔 것으로 짐작된다. 실제로 전국택배연대노조는 CJ사를 상대로 단체교섭 거부의 부당노동행위 구제신청을 하였다. 서울지방노동위원회는 'CJ사는 대리점 택배기사의 사용자가 아니다.'라는 이유로 각하 결정을 하였으나,<sup>13)</sup> 2021. 6. 2. 중앙노동위원회는 CJ사의 사용자성을 긍정하면서 부당노동행위를 인정하는 재심판정을 하였다(초심취소).<sup>14)</sup>

피고인의 업무방해죄 사건에서는 CJ사의 사용자성이 '부정'되는 것이 근로자 측에 유리할 수 있다. 그러나 CJ사와의 단체교섭 사건에서는 CJ사의 사용자성 '인정'이 근로자 측에게 매우 중대한 일이다. 여기서 근로자 측의 딜레마가 발생한다.

12) 판례법리에 따르면 위법한 대체근로에 대해서만 상당한 정도의 실력저지가 인정되는 데, 적법한 대체근로의 경우에는 어느 정도의 실력저지가 인정될 수 있는지 또는 대체근로의 위법성을 불문하고 실력저지의 정당성을 독자적으로 판단할 근거가 있는지 등도 고민해 볼 문제이다(방강수, 앞의 글, p.101).

13) 서울지방노동위원회 2020. 11. 30. 서울2020부노92. 서울지노위는 CJ사의 사용자성을 부정한 근거의 하나로 “노동조합법 제90조 및 제81조 제1항의 범죄구성요건인 행위주체 범위를 지나치게 유추 또는 확장함으로써 죄형법정주의에 반할 위험이 있는 점”을 들고 있다. 이 역시 대단한 착각이다. 부당노동행위에 대한 행정적 판단과 형사적 판단은 별개의 것이다. 노동위원회가 부당노동행위를 인정한다고 해서 곧바로 형사상 범죄가 성립하는 것은 아니다. 노동위원회 판정에서 더 이상 죄형법정주의를 운운해서는 아니 된다.

14) 중앙노동위원회 2021. 6. 2. 중앙2021부노14. 이 글을 쓰는 현 시점에 재심 판정서는 아직 나오지 않은 상태이다.

그러나 법원은 모순된 판결을 하여서는 아니 된다. 대상판결처럼 CJ사 모순된 행위를 규범적으로 인정해서는 아니 된다. 즉, CJ사의 사용자성은 부정 하면서, CJ사가 남의 회사(대리점) 파업에 대체인력을 투입하는 것을 용인해서는 아니 된다. CJ사가 대리점 파업에 대체인력을 투입했다는 사실은, ‘CJ사와 대리점은 하나의 사업’ 또는 ‘CJ사가 대리점 택배기사의 사용자’라는 것에 대한 자인(自認)으로 선해(善解)해 주어야 한다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

# 비정규직

## 자회사 이직으로 근로자파견관계는 해소되는가

- 서울남부지방법원 2021. 6. 4. 선고 2019가합112404 판결 -

### 【판결요지】

원고들은 자의로 자회사 전환에 동의하여, 피고(한국전력공사)로부터 D 자회사로 전직하여 근로를 제공하고 있으므로 피고 근로자로서의 지위를 상실하였다.

원고들이 D자회사로 이직한 후에는, 원고들과 피고 사이에는 근로자파견관계가 부정되므로, 피고가 원고들에 대해 고용의사표시 의무를 부담한다고 보기 어렵다.

피고는 원고들에 대하여 고용의 의사를 표시할 의무가 없으므로 원고들의 고용의사표시 주장은 모두 이유 없다.

피고(한국전력공사)는 경인건설본부 시설관리에 관한 용역계약을 ‘외주업체들’과 ‘한전에프엠에스 주식회사(피고의 자회사)’와 순차적으로 체결하였다. 원고들은 외주업체들과 한전에프엠에스에 순차적으로 고용되어, 피고의 경인건설본부에서 시설관리업무 등을 하였다. 대상판결은 피고와 외주업체들 사이에 근로자파견 관계가 성립한다고 판단하였으며, 원고들의 고용현황과 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’)상 직접고용의무 발생일은 다음과 같다(판결문의 ‘별지2’ 참조).



원고	외주업체						피고의 자회사		고용 의무 발생일
	A외주업체		B외주업체		C외주업체		D자회사		
甲	15.6.8.	16.6.8.	16.6.1.	19.3.1.	19.3.1.	19.7.1.	19.7.1.	현재	15.6.8.
乙	15.7.6.	16.6.1.	16.6.1.	19.3.1.	19.3.1.	19.7.1.	19.7.1.	현재	15.7.6.
丙			16.6.1.	19.3.1.	19.3.1.	19.7.1.	19.7.1.	현재	16.6.1.
丁			16.6.1.	19.3.1.	19.3.1.	19.7.1.	19.7.1.	현재	16.6.1.
戊			16.6.16.	19.3.1.	19.3.1.	19.7.1.	19.7.1.	현재	16.6.16.
己							19.7.1.	현재	19.7.1.

한전에프엠에스(이하 ‘D자회사’)는 정부의 「공공부문 비정규직 근로자의 정규직 전환 정책」에 따라 파견·용역근로자들의 정규직 전환을 위하여 신설한 회사로서, 피고가 지분 100%를 보유하고 있다. 정부 정책의 일환으로 외주업체의 시설관리업무는 D자회사로 이관되기 시작하였다. 피고는 2019. 6. 30. C외주업체와의 용역계약을 종료하고, 2019. 5. 23. 홈페이지에 D자회사 채용공고를 게시하고 외주업체 근로자들에게 정규직 전환 절차를 안내하였다. 원고 甲·乙·丙·丁·戊는 2019. 5. 28~29. 자회사를 통한 정규직 전환에 동의하여 ‘전환채용 지원서’를 제출하였고, 그 무렵부터 지금까지 D자회사에서 근무하고 있다(한편 원고 己는 D자회사에 새롭게 입사하였다).

먼저 원고들(甲·乙·丙·丁·戊)이 자회사로 이직하기 이전인 ‘외주업체’(A 내지 C업체)에 고용되어 근무했던 기간에 대해서 본다. 대상판결은, 이 기간에 대해서는 원고들과 피고 사이에 근로자파견관계가 인정되고, 파견법의 요건을 갖추지 않은 불법파견(파견대상업무 위반 및 무허가 파견)이므로 원고들이 근로를 개시한 첫날부터 피고의 직접고용의무가 발생한다고 판단했다. 따라서 피고는 직접고용의무 발생일부터 자회사로 이직하기 전인 2019. 6. 30.까지의 임금 차액 상당의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단했다. 여기까지는 향후에도 별 다툼이 없을 것으로 보인다.

문제는 2019. 7. 1. 원고들이 D자회사로 이직한 이후에 원고들과 피고와의 법률관계가 어떻게 되는지이다. 대상판결은 원고들의 ‘고용의사표시 청구’에 대하여 “피고는 원고들에 대하여 고용의 의사를 표시할 의무가 없으므로 원고들의 고용의사표시 주장은 모두 이유 없다.”고 판단하였다. 대상판결의 판



단 근거는 두 가지이다.

첫째, 대상판결은 ‘원고들은 자의로 자회사 전환에 동의하여, 피고로부터 D자회사로 전직하여 근로를 제공하고 있으므로 피고 근로자로서의 지위를 상실하였다’고 보았다. 또한 D자회사는 정부의 정규직 전환정책에 따라 설립된 회사이고 피고가 지분 100%를 보유하고 있다는 점에서, 다른 외주업체들과는 동일하게 볼 수 없고, 피고는 일용 원고들에 대한 고용의무를 이행하였다고 판단하였다.

원고들이 C외주업체에서 D자회사로 이직한 것에 대하여, 대상판결은 “원고들은 자의로 자회사 전환에 동의”하였다며 피고에서 D자회사로 ‘전직’한 것으로 판단하였다. 이때 대상판결은 ‘전직’에 관한 판례법리를 인용하고 있다. 즉, 대상판결은 “근로자를 그가 고용된 기업으로부터 법인격이 다른 계열기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 전직은 원칙적으로 근로자의 동의를 얻어야 효력이 발생한다(대법원 1997. 3. 28. 선고 95다 51397 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다33194 판결 등 참조).”는 법리에 근거하여 판단하였다.

둘째, 대상판결은, 원고들이 D자회사로 이직한 후에는, 원고들과 피고 사이에 근로자파견관계가 부정되므로, 피고가 원고들에 대해 고용의사표시의무를 부담한다고 보기 어렵다고 하였다. 즉, 대상판결은 원고들이 외주업체들에서 근무한 기간에 대해서는 근로자파견관계를 인정하였으나, D자회사로 이직한 후에는 근로자파견관계를 부정한 것이다. 근로자파견관계를 부정한 근거는 다음과 같다. 자회사 이직 후에는, 원고들의 근무장소가 분리되었고, 피고가 D자회사에게 용역통보서를 작성하여 교부하는 방법으로 작업을 의뢰하였고, D자회사에서는 독자적인 업무계획을 수립하여 시설관리업무를 수행하고 있다는 점 등이다.

그러나 대상판결의 판단이 타당한지는 의문이다. 아래에서는 대상판결의 두 가지 판단 근거의 문제점에 대하여 살펴보도록 하겠다.

대상판결의 첫 번째 문제점은 ‘원고들이 C외주업체에서 D자회사로 이직한 것’에 대한 평가이다. 파견법에 따른 피고의 직접고용의무 발생 이후에 원고들이 C외주업체에서 사직을 하고 D자회사로 이직한 것인데, 이러한 경우의 원고와 피고의 법률관계에 대해서는 2019년 한국도로공사 판결<sup>1)</sup>에서 법리를 제시한 바 있다.

2019년 한국도로공사 판결은, 파견법상 직접고용의무<sup>2)</sup>는 사용사업주와 파견근로자 사이의 법률관계를 설정한 것으로 그 내용이 파견사업주와는 관련이 없으므로, “사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주나 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다.”는 법리를 명확히 제시했다.

또한 동 판결은, 직접고용의무의 예외를 규정한 파견법 제6조의2 제2항의 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’란, ‘사용사업주’에게 직접고용 반대의사를 표시한 경우를 의미하므로, ‘파견사업주’에게 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다고 하였다.

이러한 법리는 2020년 한국도로공사 판결<sup>3)</sup>에서 다시금 재확인되었다.<sup>4)</sup> 그런데 대상판결은 두 개의 대법원 판결에서 확립된 법리를 따르지 않고, 엉뚱하게도 ‘전직’에 관한 판례법리를 인용하고 있다. 대상판결은, 원고들이 피고 근로자로 ‘간주’된 바가 없음에도, 원고들을 “피고로부터 D자회사로 전직”한 것으로 둔갑시켰다.

원고들이 자회사 전환에 동의한 것은, C외주업체에서 사직을 한 것에 불과하다. 이러한 사정은 원고들과 피고 사이의 직접고용의무와 관련된 법률

- 1) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072, 219089, 219096, 219102, 219119, 219126, 219133 판결.
- 2) 파견법 조문에 ‘직접’이라는 문구는 없으나 일반적으로 직접고용의무라고 한다. 이는 근로자파견과 같은 ‘간접’고용관계에서 파견근로자를 ‘직접’ 고용해야 할 의무주체는 사용사업주임을 강조하기 위한 것으로 보인다(방강수, “64. 파견법상 직접고용의무”, 『노동판례백선』 제2판, 한국노동법학회, p.257).
- 3) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결.
- 4) “파견법상의 직접고용의무 규정의 내용과 개정 경과, 입법 목적 등에 비추어 보면, 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다. 또한 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 파견법 제6조의2 제2항에서 직접고용의무 규정의 적용 배제사유로 정하고 있는 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다(대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072 등 판결 참조).”



관계에 아무런 영향을 미치지 않는다. 그리고 원고들은 피고에게 직접고용에 대한 명시적인 반대의사를 표시한 바도 없다. 근로자파견 여부 자체가 문제되는 상황에서(파견법상 직접고용 사건은 언제나 근로자파견 여부부터 쟁점이 시작된다), 즉 직접고용의무 발생 여부가 문제되는 상황에서, 원고들이 피고에게 직접고용 반대의사를 표시한다는 것은 거의 불가능에 가깝다. 원고들은 그저 C외주업체에서 사직을 하고 D자회사로 이직한다는 의사표시를 했을 뿐이다. 따라서 원고들에 대한 피고의 직접고용의무는 소멸하지 않았다고 보아야 한다.

대상판결의 두 번째 문제점은, 원고들이 D자회사로 이직한 후에는 근로자파견관계를 부정한 것이다. 그 근거는 근무장소 분리, 용역통보서를 통한 작업 의뢰, D자회사의 독자적 업무계획 수립이다.

그러나 업무수행에 있어 약간의 차이는 있을 수 있겠으나, 종전 외주업체들과 D자회사의 용역업무 수행에 있어 본질적인 차이는 전혀 없다. 외주업체들이나 D자회사는 모두 피고의 동일한 사업장에서 동일한 시설관리업무를 수행하고 있기 때문이다(차이가 있다면 D사는 피고가 지분을 100% 보유한 자회사라는 점뿐이다). 그래서 대상판결이 제시한 근거는 공색할 따름이다.

자회사 이직으로 근로자파견관계는 해소되는가? ‘아니다’라고 답할 수밖에 없다. 아마도 대상판결은 정부의 「공공부문 비정규직 근로자의 정규직 전환 정책」 때문에, 자회사 이직을 통해 파견관계를 해소하려는 해석을 한 것은 아닐까. 하지만 대상판결의 논리는 아직 설득력이 없다. 그 전에 자회사를 통해 파견관계를 해소하려 했던 정부 정책을 재고할 필요도 있다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터, 법학박사)

## 4인 이하 사업장에서의 근로계약 갱신기대권의 법리 적용과 해고제한

- 서울중앙지방법원 2021. 6. 25. 선고 2019가합586061 판결 -

### 【판결요지】

기간제근로자의 갱신기대권은 사용자와 근로자 사이에 ‘일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다.’는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우 그러한 신뢰에 기초하여 인정되는 것으로서, 근로기준법상 해고 등 제한 규정과 취지 및 요건이 동일하다고 볼 수 없고, 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업장이라는 이유만으로 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다. 따라서 피고가 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업장인지 여부와 관계없이 원고에게는 갱신기대권에 관한 법리가 적용될 수 있다고 보아야 한다.

### 1. 사건 개요

원고 A변호사는 기간제근로자이고, 피고 법조윤리협의회(변호사법에 근거하여 설립된 단체)는 상시 4인 이하 근로자 사용 사업장이다. 원고는 근로계약기간을 2017. 3. 6.부터 2018. 3. 5.까지로 정한 근로계약 및 연봉계약을 체결하고 피고의 사무국장 겸 상근관리관(계약직)으로 근무하였다. 이후 원고는 근로계약기간을 2018. 3. 6.부터 2019. 3. 5.까지로 정한 근로계약 등을 다시 체결하고 사무국장으로 계속 근무하였다. 그러다가 피고는 2019. 3. 5.자 기간만료로 종료되면 재계약할 의사가 없음을 원고에게 전달하고, 재계약을 하지 않았다. 이에 원고는 계약갱신의 정당한 기대권이 인정된다며 갱신 거절의 무효확인(해고무효확인)을 구하는 소 제기를 하였다. 피고는 먼저 피고 협의회는 해고제한 등 규정(「근로기준법」 제23조 제1항. 이하 해고를 중심으로 살펴므로 ‘해고제한 규정’이라고만 한다.)이 적용되지 않는 상시 4인 이하 사업장이므로 갱신기대권의 법리가 적용되지 않고, 나아가 원고에게는 갱신기대권도 인정되지 않거나 갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 주장하였다. 대

상판결은 원고의 청구를 받아들였고, 현재 항소심(서울고법 2021나2024149)이 진행 중이다.

## 2. 대상판결의 내용과 의의

1) 대상판결은, 원고는 근로계약이 갱신된다는 정당한 기대권을 가지고 있고, 나아가 피고의 갱신 거절에 합리적 이유가 없다고 하였다. 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없더라도, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 근로자에게 인정된다면, 사용자가 부당하게 근로계약 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없는데,<sup>1)</sup> 그러한 갱신기대권은 근로계약의 내용을 이루거나 그 내용으로 편입되었다고 할 수 있기 때문이다. 대상판결은, 피고 협의회의 계속 존속 가능성, 원고 직책의 상시성과 연속적 보장 필요성, 원고에 대한 지난 계약갱신의 형식성, 피고 협의회 설립(2007년) 이후 갱신 거절 사례의 부존재, 근무성적 우수 직원의 정규직 전환 규정과 실제 전환 사례로부터 계약갱신 거절의 재량이 제한될 수 있다는 신뢰 형성, 원고에게 계약기간 만료일 이후까지 수행될 것이 예정된 업무 지시 또는 외부출장 승낙 사실을 종합하면, 원고는 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 가지고 있다고 하였다. 나아가 무단지각 등 피고가 제시한 갱신 거절의 사유는 합리적 이유가 될 수 없고 달리 합리적 이유의 증거가 없으며, 피고의 갱신 거절은 무효라고 하였다. 대상판결의 인정사실에 의하면 위와 같은 판단은 타당하다고 보인다.

2) 대상판결은, 상시 4인 이하 사업장에도 근로계약 갱신기대권에 관한 법리는 적용된다고 하였다.<sup>2)</sup> 기간제근로자에게 정당한 갱신기대권을 인정하는

1) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결 등.

2) 한편 대상판결은, 피고 협의회는 상시 근로자 수와 관계없이 근로기준법이 적용되는 ‘국가나 지방자치단체에 준하는 것’에 해당한다는 판단도 덧붙였다. 그 판단에 따르면, 설령 피고의 주장대로 갱신기대권이 상시 5인 이상 사업장에만 적용될 수 있는 법리라고 하더라도, 피고에게는 상시 근로자 수와 관계없이 해고제한 규정이 적용되므로, 갱신기대권의 범위 또한 적용된다. 다만 이 글에서는 그 판단에 대해 논의하지 않는다.

취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 근로 조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그런데 상시 4인 이하 사업장 근로자에게도 그러한 취지의 적용을 부정할 이유는 전혀 없다. 해고제한 및 노동위원회 구제신청(「근로기준법」 제28조) 규정이 상시 4인 이하 사업장에 적용되지 않아 결과적으로 상시 5인 이상 사업장 근로자의 갱신기대권 인정 여부 관련 사례만 많다 보니, 마치 갱신기대권의 법리는 상시 5인 이상 사업장에만 적용되는 것이라는 잘못된 이해가 피고와 같은 주장을 만들어낸 것은 아닌가 싶다. 어쨌든 근로계약 갱신기대권이 근로계약의 내용을 이루거나 그 내용으로 편입된 이상, 상시 4인 이하 사업장에도 갱신기대권의 법리가 적용된다는 대상판결의 결론은 타당하다.

3) 판례에 따르면 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등에 해고제한의 특약 등 그 정함이 있으면 그에 따라 상시 4인 이하 사업장에서도 근로계약해지(해고)를 제한할 수 있다.<sup>3)</sup> 대상판결은 거기에 근로계약 갱신기대권이 인정되는 경우를 더하였다.

### 3. 상시 4인 이하 사업장에서 해고제한

한편 상시 4인 이하 사업장에 해고제한 규정이 적용되지 않는다고 하여 사용자가 민법의 고용계약 규정에 기대어 그 사유를 불문하고 언제든지 근로자를 해고(근로계약해지)하여도 괜찮은 것인가? 판례는 그렇다고 한다.<sup>4)</sup> 그러므로 대상판결에 관한 논의를 넘어 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반)에 대한 해고제한을 생각해 본다.

1) 상시 4인 이하 사업장에서 특수형태의 해고제한으로는, 다른 근로관계법에서 연령이나 장애, 성별, 노동조합활동 등을 이유로 한 정당한 이유 없는 해고 등 불이익 제한을 하고 있는 경우,<sup>5)</sup> 근로계약, 취업규칙, 단체협약

3) 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007다1418 판결(내부규정에 정함이 있는 경우), 울산지방법원 2017. 10. 19. 선고 2017가합298 판결(근로계약에 정함이 있는 경우, 항소기각 후 대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다272414 판결 심리불속행 기각 확정).

4) 위 각주 판결.

5) 통계청(사업장 규모별 적용인구 현황)에 따르면, 해고제한 규정이 적용되지 않는 사업장이 2019년 기준 120만여 개로 전체(184만여 개)의 65.76%에 이른다.

6) 예를 들어 부상·질병·요양기간, 산전 및 산후기간 중의 해고(「근로기준법」 제23조



등에 해고제한의 특약 등 그 정함이 있거나 근로계약 갱신기대권 등 각종 기대권(무기계약(정규직) 전환기대권, 고용승계기대권 등)이 인정되는 경우 등이 있다.

2) 그런데 위 1)은 특수형태의 해고제한일 뿐 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반에 대한 해고제한은 아니다. 상시 4인 이하 사업장에서 근로계약해지(해고)도 신의성실 원칙이나 권리남용금지 원칙의 적용에서 벗어날 수 없고, 강행법규나 공서양속 위반 등 그 목적의 적법성과 사회적 타당성에 어긋나서는 안 될 것이다(일반조항의 적용). 물론 노동법 체계에 일반조항을 적용하는 것에 대해 일반론에서 또는 개별 사안의 적용에서 논란(특히 일반조항의 적용으로 노동법 체계를 무너뜨리거나 권리주체에 따라 적용 요건이 달라짐 등 부작용 우려 측면)이 있을 수 있다.<sup>7)</sup> 그러나 근로계약관계는 일반적인 계약관계와 달리 계약 당사자의 대등성이 전제되어 있지 않기 때문에 근로자보호의 이념이 강조되고, 근로기준법의 해고제한 취지도 사용자에 의한 근로관계의 부당한 종료를 방지하고 근로관계의 존속을 보장함으로써 근로자를 보호하기 위함이다.<sup>8)</sup> 부당한 근로계약해지(해고)에 따른 근로관계의 종료로부터 근로자보호의 필요성은 상시 4인 이하 사업장이라고 해서 다를 것이 없다고 할 때, 일반조항의 적용을 통한 근로자보호의 필요성과 가능성에 대한 논의를 멀리할 이유는 없다고 생각한다.<sup>9)</sup> 한편 상시 5인 이상 사업장

제2항), 연령이나 장애를 이유로 한 해고(「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제4조의4, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제10조 제1항), 해고에 있어 남녀를 차별하거나 여성 근로자의 혼인, 임신, 출산, 육아휴직 등을 이유로 한 해고(「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제11조, 제19조 제3항, 제19조의2 제5항 등), 노동조합 가입이나 정당한 단체활동 등을 이유로 한 해고(「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조) 등이다. 이러한 근로관계법 외에도 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」, 「국가인권위원회법」, 등도 신고나 진정 등에 따른 신분상 불이익을 금지하고 있다.

7) 노동법에 신의성실 원칙이나 권리남용금지 원칙의 적용에 관한 논의로 도재형, 『노동법에서의 권리남용 판례 법리』 및 조용만, 『노동법에서의 신의칙과 권리남용금지의 원칙 - 개별적 노동분쟁사건 적용례의 검토를 중심으로』, 『노동법연구』 제29호(2010. 9.), 서울대노동법연구회; 상시 4인 이하 사업장 적용에 관한 논의로 김기선, 「상시 4인 이하 사업에 대한 부당해고규정 적용제외에 대한 비판적 검토 - 독일에서의 논의를 중심으로」, 『산업관계연구』 제29권 제3호(2019. 9.), 한국고용노사관계학회.

8) 조용만, 위의 글, p.22.

9) 김기선, 앞의 글, p.85에서도 상시 4인 이하 사업장에 해고규정의 적용을 제외한 취지와 그들 사업 내 근로자보호 간의 조화를 고려하면, 상시 4인 이하 사업장에서는 선풍



의 해고제한에서 정당한 사유를 어떻게 한계 짓기 하느냐에 따라 그 실질적 효과가 구체적으로 드러나는 것처럼, 상시 4인 이하 사업장의 근로계약해지(해고)에서 권리남용 등의 한계 짓기도 마찬가지일 것이고, 그러한 한계 짓기는 앞으로 많은 논의와 사례를 쌓아가며 점차 구체화해 나가야 할 것이지만, 그때 근로계약관계의 특수성(근로자의 종속성)과 그에 따른 근로자보호 이념과의 정합성 여부, 근로조건에 대한 대등결정과 균등대우(근로기준법 제4조와 제6조) 등의 원칙은 반드시 고려 또는 관철되어야 한다.<sup>10)</sup> 그러지 않으면 상시 근로자 수에 상관없이 추구되어야 하는 인간존엄에 상응하는 근로자보호 이념과는 거리가 있는 민법의 고용계약 규정만이 남게 되고, 일반조항의 적용을 통한 근로자보호의 가능성마저도 사실상 무의미하게 될 수 있기 때문이다.

3) 그러나 위 1)과 2)만으로 근로계약해지(해고)로부터 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반을 보호하기는 부족하다. 해고제한 규정의 적용을 위한 근로기준법 개정이 시급하다. 해고는 근로관계의 존속 그 자체를 좌우하는 근로조건에 핵심적 부분이고 근로자보호의 본질적 부분과 관련되어 있으므로, 부당해고 제한은 사회통념에 비추어 책임 있는 사유가 없음에도 근로자를 해고하는 경우를 예방하고 사용자의 주관적·자의적 해고대상 선정으로부터 근로자를 보호하기 위함이다. 그리고 해고제한 규정은 정당한 이유 없는 해고만을 제한하는 것이지 해고의 자유를 일절 부정하는 것이 아니다. 그러므로 상시 4인 이하 사업장의 영세함이 그 적용 여부에 결정적인 기준이 되어서는 안 된다. 따라서 해고제한 규정을 4인 이하 사업장에 적용하지 않는 것은 합리적 이유 없는 차별이고, 한편 사용자의 이익만을 지나치게 보호하는 것이다.<sup>11)</sup> 다만 상시 4인 이하 사업장의 경제적 사정을 고려할 수밖에 없다면, 5인 이상 사업장보다 완화된 해고제한의 기준을 정하는 것을 생각해 볼

---

한 풍속이나 신의성실 원칙과 같은 민사법상의 일반원칙에 기초한 해고권남용 범리에 의한 해고 보호가 요청된다고 한다.

10) 조용만, 앞의 글, p.33.

11) 반면 헌법재판소는 상시 4인 이하 사업장에 해고제한 규정을 적용하지 않는 것이 평등권 및 근로의 권리를 침해하는 것은 아니라고 하였다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마310, 헌재 2019. 4. 11. 2017헌마820). 이 두 결정 사이에 20년이라는 시간이 흘렀는데도, 합헌 의견의 근거는 크게 달라지지 않았다. 합헌 의견에 대한 지적은 뒤의 결정(2017헌마820, 소수의견(2명))에도 잘 드러나 있다.



수도 있겠지만, 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반에 해고제한 규정의 전면 적용이든 완화된 기준의 적용이든 근로기준법 개정이 시급히 요구된다.<sup>12)</sup>

장영석(한국언론노동조합, 법학박사)

---

12) 위 현재 결정(2017헌마820)의 소수의견은 법률로써 4인 이하 사업장에는 해고사유의 정당성보다는 낮은 정도인 해고사유의 개연성 등을 정할 수 있다고도 하였다. 이처럼 시행령이 아닌 법률 개정을 통해 해고제한 규정(또는 그보다 완화된 기준의 규정)을 적용하는 것이다.

## 학생들을 동원하여 골프대회 아르바이트에 보낸 교수의 법적 책임

- 춘천지방법원 원주지원 2021. 7. 15. 선고 2020고합57 판결 -

### 【판결요지】

피고인들은 직업안정법 제2조의2 제2호에서 정한 ‘직업소개’로 ‘구인 또는 구직의 신청을 받아 구직자 또는 구인자를 탐색하거나 구직자를 모집하여 구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 행위’를 하였다고 봄이 상당한데, 그럼에도 불구하고 피고인들이 같은 법이 정한 절차에 따라 등록을 하지 않은 점도 인정된다. 한편 피고인들은 골프대회 아르바이트 참가가 직업안정법이 보호하는 근로자의 직업안정 등 취지와는 무관하게 학생들의 골프대회에 대한 실제 체험을 위한 것인 만큼, 직업안정법위반죄의 책임을 지지 않는다고 주장하나, 실제 아르바이트에 참가한 학생들이 담당한 업무는 관객 통제나 주차 관리 등의 단순 업무가 주를 이루고 있는 것으로 보여 피고인들이 주장하는 골프대회에 대한 실제 체험이라는 교육적 목적의 달성이 의심될 뿐만 아니라 설령 이러한 목적으로 직업소개행위를 하였다고 하더라도 이러한 점만으로는 직업안정법위반죄의 책임을 면할 수 없다.

사건의 피고인들은 (사립)대학 교수들인데 이벤트대행업자로부터 골프대회에서 아르바이트를 할 사람이 필요하니 학생들을 동원해주면 대가를 지불하겠다는 청탁을 받고 학생들을 모집하거나 또는 수업을 듣는 수강생들로 하여금 골프대회에 아르바이트를 나가도록 하였다. 학생들은 수 차례 골프대회에 동원이 되었는데, 골프대회는 통상 여러 날에 걸쳐 열리기 때문에 학생들 중에는 수업을 빠져야 하기도 했는데 이런 경우 피고인들은 휴강이나 보강을 하거나 출석으로 처리해주었다. 또한 피고인들은 골프대회 아르바이트를 원치 않는 학생들에 대해서는 학점으로 불이익을 주겠다고 협박했기 때문에 학생들은 참여를 강요당하기도 하였다.

검찰에서는 피고인들에 대해, 학사관리 및 학생관리에 관하여 부정한 청



탁을 받고 재물을 취득한 점에 대해서는 「형법」상 배임수재죄, 학생들을 골프대회에 아르바이트 보낸 점에 대해서는 등록을 하지 않고 유료직업소개업을 하였다고 하여 「직업안정법」 위반죄, 원치 않는 학생들에 대해서는 불이익을 주겠다고 하여 동원한 점에 대하여는 「형법」상 강요죄로 기소하였고, 법원은 이 세 가지 공소사실에 대해 모두 유죄를 인정하였다(별첨형).

세 가지 공소사실 중 「직업안정법」 위반죄에 대해 피고인들은 골프수업의 연장선상이라는 판단 하에 학생들이 골프장에서 실제 체험을 하도록 하기 위하여 아르바이트를 보냈을 뿐이므로 이를 두고 「직업안정법」의 유료직업소개사업이라 볼 수 없다고 주장하였다.

법원의 인정사실에 의하면, 이 사건에서 피고인들은 이벤트대행업자의 청탁을 받고 학생들을 모집해서 동원해준 대가를 받았다. 또한 원치 않는 학생들에 대해서는 불이익을 주겠다고 하여 마지못해 참석하도록 한 것도 인정되었다. 그리고 아르바이트에 동원된 학생들은 소정의 임금을 받긴 하였다.

만약 피고인들이, 학사업무나 학생의 수업에 방해가 되는 바가 없이, 아르바이트를 원하는 학생으로 하여금, 1회성으로 누구로부터도 대가를 받지 않고 아르바이트 자리를 소개해준 경우라면 전혀 문제될 것이 없었을 것이다. 이는 ‘업’이라고 보기 어렵기 때문이다. 그러나 피고인들은 이벤트대행업자의 사주를 받아 수차례에 걸쳐 대가를 받고 학생들이 원하던 원하지 않든 동원해서 골프대회 아르바이트에 보낸 것이다. 그리고 학생들은 원하던 원하지 않았던 아르바이트라는 이름의 노무를 제공해주고 소정의 대가를 받은 것이어서 노무계약관계가 존재했던 것이고 이는 곧 취업이 있었던 것이다.

「직업안정법」에서는, 무료직업소개사업의 경우 사업자의 자격요건으로 대통령령으로 정하는 비영리법인 또는 공익단체일 것과 형식요건으로 관할 지자체장에게 신고를 요구하고 있고(동법 제18조), 유료직업소개사업의 경우 사업자로 하여금 관할 지자체장에게 등록을 할 것과 법령상 규정된 인적·물적 요건을 갖추 것을 요구하고 있고 소개료는 고용노동부장관이 결정·고시한 금액 이상을 받지 못하도록 하고 있다(동법 제19조). 이 사건에서 피고인들은 수 차례에 걸쳐 대가를 받고 학생들을 골프대회를 진행하는 이벤트대행업자에게 소개해준 것이어서 무료직업소개사업이든 유료직업소개사업이든 그 어느 것의 요건도 갖추지 못했다. 또한 피고인들은 무료로 했던 유료로 했던 「직업안정법」 위반에서 벗어날 수 없다. 다만, 대학 교수가 유료

로 직업소개사업을 하는 것은, 일반 기업이든 대학이든 어느 사업체든 구성원의 겸직금지 의무를 두고 있다는 점을 고려한다면, 해당 학교에서도 교수의 겸직금지 의무를 두고 있을 것이기 때문에 생각해 보면 불가능한 일이기도 하다. 교수 입장에서는 징계를 각오해야 하는 일이기 때문이다.

한편 사안에서 피고인들이 이벤트대행업자의 청탁에 따라 학생들을 골프대회에 동원하고 대가를 지급받은 것은, ‘법률’에 따르지 아니하고 영리로운 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득한 것이기도 해서 「근로기준법」 제9조의 중간착취의 배제 규정에 위반된 것으로도 볼 수 있다. 그런데 이 규정 위반에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있고(근로기준법 제107조) 「직업안정법」의 유료직업소개사업 규정 위반의 경우에도 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있어서(직업안정법 제47조) 어느 규정 위반을 선택하든지 처벌에 있어서는 마찬가지이긴 하다.

「근로기준법」에서 중간착취의 배제 규정을 두고 있는 것이나 「직업안정법」에서 무료직업소개사업이나 유료직업소개사업의 적법 요건을 두고 있는 이유는, 타인의 취업에 개입하거나 타인의 근로제공과 관련하여 부당하게 소개비나 수수료 등을 받는 악습을 제거하는 것 외에 노무에 동원되는 자가 착취당하는 것을 방지하기 위해서이다. 이러한 착취는 단순히 대가를 제대로 받지 못하는 것만이 아닐 것이다. 예를 들어, 학생 신분으로 노무제공을 하는 자에게라면 노무제공에 대한 대가를 제대로 받지 못하는 것 외에도 그 노무제공이 교육목적에 부합하지 못하는 경우 역시 착취에 해당한다고 평가되어야 하는 때도 있을 것이다.

이와 관련하여, 사안에서 피고인들은 학생들에게 골프대회를 체험시키기 위한 것이었다고 주장하기도 하였다. 그러나 학사업무에 방해가 되거나 학생의 수업에 지장을 초래하면서 또한 원하지 않는 학생들에게까지 강요의 방법으로 더구나 골프라고 하는 수업에 한정하더라도 골프와는 하등 관계가 없는 관객통제, 주차관리, 화장실통제, 클럽하우스 보안요원 등의 업무를 수행하도록 한 것은 교육 목적과 무관하다. 이벤트대행업자 입장에서 정식으로 근로자를 채용해서 수행해야 하는 일들을<sup>1)</sup> 교수들에게 사주하여 학생들

1) 골프대회가 통상 주말을 포함하여 3-4일 동안 열리기에 100-200명 정도의 인력이 단기



의 수업권을 침해하면서까지 노동력을 착취한 것이다.

물론 어느 대학이든 현장실습이라는 교과목을 둘 수 있고 또 학생들의 취업을 대비하여 현장실습의 필요성이 존재할 수 있다. 그러나 현장실습은 학칙에 미리 정해져 있어야 하고 교육부와 고용노동부의 감독하에 교육목적 내지 직업훈련목적이 달성될 수 있도록 ‘학교-기관-학생’의 3자 간의 합의 관계에서 현장실습 기관 지정, 현장 지도, 학점 부여, 장학금 지급 등 전체 과정이 이루어지도록 짜여 있어야 한다. 그런데 이 사건에서 학생들이 골프 대회에 동원된 장면들은 합법적인 현장실습의 모습과도 거리가 멀다.

대학이라는 공간은 특수하고 폐쇄적인 속성이 있으며 그 공간 속에서 학생은 교수와의 관계에서 약자의 지위에 놓이기 쉬울 수 있다. 본 판결은 착취에 취약하기 쉬운 그런 관계의 모습을 잘 파악해서 보여주었다고 평가한다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

---

적으로 필요하게 된다. 이렇게 인력을 단기적으로 구하더라도 대회진행을 원활하게 하기 위해서는 효율적인 관리·통제가 필요한데, 서로 아무런 관계없는 사람들이 모인 집단을 효율적으로 관리·통제하여 어떤 업무를 수행하는 것은 쉽지 않은 일이기예, 이벤트대행업자 입장에서는 선·후배·동기로 이어져 있는 대학생 집단을 동원하면 적은 비용으로 관리·통제의 애로점까지 한 번에 해결하면서 노동력을 활용할 수 있을 것으로 생각해서 교수들에게 청탁한 것으로 보인다.

## 근로자공급사업 허가의 법적 성격

- 제주지방법원 2021. 8. 31. 선고 2020구합5465 판결 -

### 【판결요지】

직업안정법 제33조의 규정에 의한 근로자공급사업 허가는 그 요건이 노동조합의 업무 범위와 해당 직업별·직종별 인력수급상황 및 고용관계 안정유지 등 불확정개념으로 규정되어 있어서 이에 해당하는지 여부의 판단에 행정청에게 재량권이 부여되어 있으므로 그 허가 여부는 결국 행정청의 재량행위에 속한다. ... 직업안정법 제33조 제1항에서 허가 없이 근로자공급사업을 하지 못하도록 정한 취지는 제3자가 근로자의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 등을 착취하는 등 근로자의 이익이 침해하는 것을 방지하려는 데에 있고(대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결 등), 달리 허가를 받은 근로자공급사업자로 하여금 당해 허가지역에서 근로자공급에 관한 배타적·독점적 권리를 형성시킬 것을 목적으로 하는 것이 아니다.

대상판결의 사안은 제주도지사(피고)에게 설립 신고를 마친 제주도항만노조(원고)가 제주도지사를 상대로 근로자공급사업 허가를 신청하였으나 거부 처분이 내려져 이를 취소소송으로 다툰 것이다. 사안에서는 종래부터 근로자공급사업 허가를 받아 제주도 항만에서 유일한 근로자공급사업자로서 계속하여 연장 허가를 받으면서 독점적으로 항만근로자를 공급해왔던 ‘전국항운노조연맹 제주도항운노조’(산별노조)가 피고보조참가인으로 이 소송에 보조 참가하였다.

항만하역사업은 화주 또는 선박운항업자의 위탁을 받아 항만에서 선박에 의해 운송된 화물을 선박으로부터 인수받아 화주에게 인도하거나 선박에 의해 운송될 화물을 화주로부터 인수받아 선박에 인도하는 행위 및 이러한 행위들에 선행 또는 후속되는 각종 행위를 하는 사업을 말하는데, 선박이 항만에 들어오고 나가는 것이 날씨에 영향을 받고 화물 물동량이 일정하지 않고 수시로 변동하기 때문에 항만하역사업자는 일반 제조업체 등과 달리 최소한의 필



수 인력만 고정인력으로 보유하고 나머지 필요인력은 항만하역업무에 종사하는 일용근로자를 근로자공급사업자로부터 수시로 공급받아 활용하는 방식을 채택하고 있다. 그렇다보니 제주도의 경우에도 참가인 노조가 1984년부터 피고로부터 근로자공급사업 허가를 받아 제주도의 유일한 근로자공급사업자로서 독점적 지위를 유지해왔다. 본래 근로자공급사업의 허가는 「직업안정법」 제33조에 따라 고용노동부장관이 하도록 되어 있지만, 제주도의 경우 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제395조에 따라 「직업안정법」에 대한 특례가 인정되어 제주도지사가 근로자공급사업의 허가를 한다.

사안에서 근로자공급사업에 대한 원고의 신규 허가신청에 대해 피고는 ‘하역물량 및 임금의 감소 추세로 고용불안 등 고용안정성 저해’라는 이유로 거부처분을 하였다. 「직업안정법」에서는 고용노동부장관의 허가 없이는 누구든지 근로자공급사업을 하지 못하도록 규정하고 있고(동법 제33조 제1항), 국내 근로자공급사업의 경우 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’)에 따른 노동조합에 한해서 근로자공급사업 허가를 받을 수 있도록 규정하는 한편(동법 제33조 제3항), 고용노동부장관이 국내 근로자공급사업을 허가하는 경우 노동조합의 업무범위와 해당 지역별·직종별 인력수급상황 및 고용관계 안정유지 등을 고려하도록 규정하고 있다(동법 제33조 제4항).

근로자공급은 자신에게 고용된 근로자를 타인에게 보내어 그 타인의 지휘·명령에 복종하면서 일을 하도록 허용하는 것이어서 본질적으로 착취의 위험성이 높다. 그런 이유로 노동관계의 가장 기본적인 법률인 「근로기준법」은 제9조에서 “중간착취의 배제”라는 제목으로 “누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.”고 규정하고 있다. 즉 근로자공급이 원칙적으로 금지되는 이유는 사회적으로 유해한 중간착취에 해당하기 때문이다. 그렇지만 근로자공급이 예외적으로 필요할 수 있는 상황을 인정하여 「직업안정법」이라는 별도의 법률에서 노조법상 노동조합에 해당하면 고용노동부장관의 재량적 판단 하에 근로자공급사업 ‘허가’를 할 수 있도록 길을 열어두고 있다.

「직업안정법」 제33조는 노조법상 노동조합에 해당하면 근로자공급사업 허가를 받을 수 있도록 하고 있다. 그러나 사안에서 원고는 노조법상 노동조합임에도 불구하고 피고가 재량적 판단 하에 근로자공급사업 허가를 내리지 않았다. 그리고 대상판결의 법원은 원고의 근로자공급사업 허가 신청에 대



한 피고의 거부처분이 “피고가 보호하려는 공익보다 원고의 사익을 지나치게 제한한 것으로 비례의 원칙에 위반되고, 참가인과 원고를 차별적으로 취급하는 것으로 평등의 원칙에도 위반되어, 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다.”고 하여 취소를 하였다. 법원의 판단 및 피고의 처분을 토대로 보면, 노동조합이라고 해서 무조건 근로자공급사업 허가를 받을 수 있는 것은 아니지만, 근로자공급사업을 하고 있는 기존 노동조합이 있다고 해서 다른 노동조합이 근로자공급사업의 신규 허가를 무조건 받을 수 없는 것도 아니라는 점을 알 수 있다. 이 대목에서 근로자공급사업 허가의 성격이 상당히 독특하다는 점을 확인할 수 있다.

그렇다면 근로자공급사업에 대한 국가의 통제구조를 보다 정확히 이해하고 근로자공급사업에 대한 보다 적절한 규율밀도의 설정이 가능하기 위해서는 근로자공급사업 허가의 법적 성격이 무엇인지 살펴볼 필요가 있고 그 법적 성격이 무엇이나를 확인해보는 것이 필요하다. 특히 각종 법률에서 표현되어 있는 허가, 인가, 승인, 면허 등 각종 용어가 강학상 명칭과 개념적으로 일치하는 것이 아니기 때문에 해당 법률에서 표현되어 있는 그 용어의 법적 성격을 이해하는 것은 매우 중요한 작업이기도 하다.

국가가 개인(자연인, 법인)의 신청에 따라 그 개인에게 어떤 행위를 허용할 때, 수익적 처분의 형식은 강학상 ‘허가’, ‘예외적 승인’, ‘특허’가 있다. 강학상 허가는 질서유지목적으로 일정한 행위를 법령으로 금지시켰다가 법령에서 정한 요건을 갖춘 경우 이 금지를 해제시켜 자연적 자유를 회복시켜주는 것인데 절대적 금지 사항(예컨대, 유흥업소에 청소년을 고용하는 행위 등)을 제외한 상대적 금지 사항에 대해서는 요건을 갖춘 허가신청이 있으면 원칙적으로 허용해주고 불허가는 예외로 한다. 건축허가라든가 음식점 영업허가 등이 그러하다. 반면 ‘예외적 승인’은 사회적으로 유해하기 때문에 법령에서 원칙적으로 금지하고 있지만 일정한 경우에는 예외적으로 그 금지를 해제시켜 주는 것이어서<sup>1)</sup> 금지하는 것이 원칙이고 허용해주는 것이 예외인 경우에 해당한다. 예컨대, 방북허가, 마약제조의 허가, 자연공원 구역 내에서의 산림훼손허가, 학교환경위생정화구역 내에서의 유흥음식점허가 등이 전

1) 허가나 예외적 승인이나 금지의 해제라는 점에서 공통적이기 때문에 예외적 승인을 허가의 일종으로 볼 수도 있고 그래서 ‘예외적 허가’라고 표현하기도 한다. 홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 2016, p.222.



형적인 예다. ‘특허’는 어떤 특정인을 위하여 새로운 권리나 능력 내지 자격을 설정해주는 것을 말한다. 국가가 고권(高權)의 주체로서 자신의 임무 중의 일부를 담당할 공기업을 만들어 내거나 제3자인 사인에게 그러한 임무를 위탁하는 경우 등이 그러하다.

이중 허가의 경우 자연적 자유의 회복에 해당하기 때문에 법령상 요건을 갖춘 경우 ‘원칙적으로’ 허가를 내려줘야 하는 기속행위의 성격이 강한<sup>2)</sup> 반면, 특허나 예외적 승인의 경우 그 허용 여부에 재량적 심사가 인정되는 재량행위에 해당한다.

만약 근로자공급사업 ‘허가’가 강화상 ‘허가’에 해당한다면 노조법상 ‘노동조합’이 근로자공급사업 허가를 신청했을 때 원칙적으로 이를 허용해야 한다는 논리가 성립한다. 그러나 관련 법률 및 법원의 판단을 보면, 그렇지 않기 때문에 근로자공급사업의 ‘허가’가 강화상 ‘허가’는 아닌 것으로 보는 것이 타당하다. 일단 근로자공급사업 허가는 대상판결에서도 밝히고 있는 바와 같이 “제3자가 근로자의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 등을 착취하는 등 근로자의 이익이 침해되는 것을 방지하려는” 취지를 담고 있어서 원칙적으로 금지되고 예외적으로 노조법상 노동조합에 한해 재량적 심사를 거쳐 허용될 수 있는 것에 해당하여 ‘예외적 승인’의 성격을 가지고 있다는 점은 분명하다.

그런데, 대상판결에서 근로자공급사업 허가의 법적 성격을 보다 정확히 확인하기 위해서 주목해야 할 부분은 제주도에서 종래부터 독점적 지위를 누리면서 근로자공급사업을 담당했던 기존업자에 해당하는 ‘전국항운노조연맹 제주도항운노조’로 하여금 취소소송의 보조참가를 법원이 허용해 준 것에 있다. 이와 관련하여 「행정소송법」에서는 소송참가의 요건으로 “소송의 결과에 따라 권리 또는 이익의 침해를 받을 제3자”라고 규정하고 있다(동법 제16조 제1항). 여기서 ‘권리 또는 이익’의 의미가 무엇인냐가 문제된다. 판례에 따르면 ‘특정 소송사건에서 당사자 일방을 보조하기 위하여 보조참가를 하려면 당해 소송의 결과에 대하여 이해관계가 있어야 하고 여기서 말하

2) 판례는 건축허가, 석유판매업허가, 산림훼손허가 등 일정한 허가를 기속행위로 보면서도 예외적으로 명문의 규정이 없더라도 중대한 공익의 고려가 필요하여 이익형량이 요구되는 경우 그러한 한도 내에서는 재량행위로 해석하기도 한다(예컨대, 대법원 1998. 9. 25. 선고 98두7503 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000두6651 판결; 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결 등 참조).

는 이해관계라 함은 사실상·경제상 또는 감정상의 이해관계가 아니라 법률상의 이해관계를 가리킨다.’고 한다.<sup>3)</sup> 또한 법문이 단지 ‘권리 또는 이익’이라고만 규정되어 있는데도 불구하고 ‘법률상 이익’을 의미한다고 보는 것이 원고적격에 관한 「행정소송법」 제12조의 취지와 비교해보면 균형있는 해석이 될 것이고 반사적 이익이나 단순한 사실상 이익은 이에 해당하지 않는다.<sup>4)</sup> 즉 법원이 기존업자의 보조참가를 허용해준 것은 근로자공급사업 허가를 받아 종래부터 독점적 지위를 누리던 기존업자의 경영상 이익이 단순히 반사적 이익이 아니라 법률상 이해관계가 있다고 본 것이다.

강학상 ‘허가’의 경우에는 질서유지나 위험방지를 위한 예방적 금지의 해제 그 자체가 목적이므로 기존업자의 경영상 이익의 보호는 신규 진입자에 대한 허가 여부와 관계없다. 강학상 ‘예외적 승인’의 경우에도 예외적이긴 하지만 금지의 해제에 초점이 맞춰진 것이어서 기존업자의 경영상 이익의 보호는 신규 진입자에 대한 예외적 승인의 허용 여부와 관계가 없다. 반면, 강학상 ‘특허’의 경우 특허의 성격상 사업경영의 특별한 권리 등을 설정하는 형성적 행정행위로서 일정 부분 경영상 이익을 법률상 이익으로 보호해주고자 하는 취지가 들어있다고 이해되고 있다. 그런 이유로 이미 판례는 신규 진입자에게 내려진 수익적 처분에 대해 기존업자가 다투는 소위 ‘경업자소송’에서 기존업자의 원고적격을 인정하고 있다.<sup>5)</sup> 즉 강학상 ‘특허’에 해당하는 경우에는 기존업자가 가지는 경영상 이익은 법률상 이익에 해당하기 때문에 기존업자의 원고적격이 인정된다고 보는 것이다.<sup>6)</sup>

이와 관련하여 근로자공급사업 허가와 관련해서도 기존업자가 신규 진입자에게 발급된 근로자공급사업 허가에 대해 취소소송으로 다툴 수 있는지 문제된 사례에서, 하급심이긴 하지만, 이미 법원에서 원고적격을 인정한 바 있다.<sup>7)</sup>

3) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다26924 판결; 1999. 7. 9. 선고 99다12796 판결 등.  
 4) 홍준형, 『행정쟁송법』, 도서출판 오래, 2017, p.262.  
 5) 대법원 1999. 10. 12. 선고 99두6026 판결; 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009두10512 판결 등. “면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분의 근거가 되는 법률이 해당 업자들 사이의 과당경쟁으로 인한 경영의 불합리를 방지하는 것도 그 목적으로 하고 있는 경우 다른 업자에 대한 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분에 대하여 미리 같은 종류의 면허나 인·허가 등의 수익적 행정처분을 받아 영업을 하고 있는 기존의 업자는 경업자에 대하여 이루어진 면허나 인·허가 등 행정처분의 상대방이 아니라 하더라도 당해 행정처분의 취소를 구할 원고적격이 있다 할 것이다.”  
 6) 홍정선, 앞의 책, pp.722~723.

취소소송에서 원고적격은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자에게 인정되는 것이기 때문에(행정소송법 제12조) 근로자공급사업 허가의 성격이 특허의 성격을 일정 부분 보유하고 있다고 이해된다. 게다가 일반적으로 기존 업자가 받은 수익적 처분이 강화상 ‘허가’ 내지 허가의 일종인 ‘예외적 승인’에 해당하는 경우, 기존업자가 가지는 경영상 이익은 반사적 이익에 불과하기 때문에 신규 진입자가 행정청을 상대로 수익적 처분의 거부처분을 다투는 소송에서 기존업자의 보조참가를 허용할 이유도 없다. 그러나 대상판결은 기존업자의 보조참가를 허용함으로써 신규 진입자인 원고의 소송에 대해 기존업자가 법률상 이해관계가 있다는 점을 인정한 것이 되어 근로자공급사업 허가에 ‘특허’적 성격도 공존한다는 점을 부정하지 않는 것으로 이해된다.

대상판결의 법원은 기존업자인 ‘전국항운노조연맹 제주도항운노조’의 보조참가를 허용하는 동시에, 판단과정에서 노조법상 노동조합에게만 허용되는 근로자공급사업 허가가 근로자공급에 대한 배타적·독점적 권리를 형성시킬 것을 목적으로 하는 것이 아니라는 점을 지적하면서, 기존의 독점적·배타적 근로자공급에 의한 피해 방지, 노무공급질서의 개선, 항만하역사업의 질적 향상, 참가인의 인력충원은 별다른 제한없이 허용하면서 원고에 대한 신규 진입 금지는 형평의 원칙에 반하는 점, 고용불안정 내지 노조 간의 갈등에 대한 막연한 우려 등이 신규 진입자에 대한 원칙적 차단의 근거가 될 수 없다는 점 등을 고려하였다. 대상판결은 근로자공급사업의 허가가 예외적 승인으로서의 성격과 특허로서의 성격을 겸유한다는 점을 적절히 참작하여 판단을 내렸다고 생각한다.

근로자공급사업 허가의 법적 성격이 무엇인지 모색해가는 데 있어서 대상판결을 통해 그 단초를 확인할 수 있다고 평가할 수 있겠다. 대상판결은 현재 항소심이 진행 중에 있는바<sup>8)</sup> 향후 관련 판례가 축적된다면 근로자공급사업 허가의 법적 성격이 무엇인지 점점 더 분명해져 갈 것이라고 본다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

7) 울산지방법원 2016. 5. 12. 선고 2015구합6143 판결. 동 판결에 대해서는 패소자의 상소가 없어 그대로 확정되었다. 동 판결에 대한 평석은 노호창, 「근로자공급사업의 기존업자가 신규허가에 대해 취소소송으로 다툴 수 있는지 여부」, 『노동법학』 제59호, 한국노동법학회, 2016. 9 참조.

8) 광주고등법원(제주) 2021누1895.

# 사회보장, 노동시장

## 진폐 재해위로금의 성격과 산정기준

- 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두61717 판결 -
- 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두60523 판결 -

### 【판결요지】

진폐증의 특성을 기초로 관련 규정의 내용과 폐광대책비 일환으로 지급되는 재해위로금의 입법목적을 종합하여 보면 폐광된 광산에서 진폐로 인한 업무상 재해를 입고 장해등급이 확정된 근로자가 개정 산재보험법 시행일 이후에 사망하여 그 유족이 유족급여가 아닌 진폐유족연금을 받게 되었더라도 석탄산업법령에서 규정한 유족보상일시금 상당액의 재해위로금 지급대상에 해당한다.

망인은 1986년부터 1991년까지 무연탄 광업소에서 채탄부 광원으로 근무하다가 퇴직하였고 광업소는 1991년 폐광되었다. 망인은 광업소 근무 중인 1987년 산업재해보상보험법에 따른 진폐증으로 장해등급 11급 판정을 받고 장해보상일시금을 지급받았다. 이후 진폐증은 계속 악화되어 2005년 장해등급 9급 판정을 받고 장해보상일시금을 지급받았으며, 2008년에는 장해등급 5급 판정을 받고 장해보상연금을 지급받았다. 그 후 망인은 2016년 진폐로 인하여 사망하였고 원고는 망인의 배우자로서 2016년부터 산업재해보상보험법에 따른 진폐유족연금을 지급받았다. 한편, 원고는 2017년 석탄산업법령에서 정한 재해위로금을 청구하여 한국광해관리공단으로부터 약 1억 2백만 원을 지급받았다. 이 재해위로금은 망인 및 원고가 지급받았던 장해보상일시금 및 장해보상연금을 기초로 산정되었다. 그러나 원고는 유족보상일시금과 성격이 동일한 장해보상연금만을 기초로 산정한 재해위로금 약 2억 5천만 원



을 지급하여야 한다고 주장하면서 서울행정법원에 재해위로금 부지급처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.<sup>1)</sup>

이 판결의 쟁점은 구 석탄산업법 시행령(1993. 3. 6. 대통령령 제13870호로 개정되기 전의 것) 제41조 제3항 제5호의 해석이다. 법률 해석에서 문리적 의미를 중시할지 아니면 그 취지를 강조하여 목적론적 해석을 할 것인지는 고전적 주제를 다루고 있는데 이를 통하여 진폐증이라는 채탄산업 종사 노동자에게 발생하는 악성 질병의 성격과 이에 대한 보상의 역사를 되짚어 볼 수 있는 의미 있는 사례이기도 한다.

구 석탄산업법 제39조의3 제1항은 “폐광대책비의 지급대상이 되는 광산의 석탄광업자가 당해 광업권·조광권 또는 계속작업권의 소멸등록을 마친 때에는 석탄산업합리화사업단은 당해 광산의 퇴직근로자 및 석탄광업자등에게 다음 각 호의 금액을 폐광대책비로 지급하여야 한다.”라고 규정한다. 그리고 제4호에서 기타 대통령령으로 정하는 폐광대책비를 규정한다. 이 위임조항을 받은 것이 구 석탄산업법 시행령 제41조 제3항 제5호이다. 규정은 다음과 같다. “폐광일로부터 소급하여 1년 이내에 업무상 재해를 입은 자로서 폐광일 현재 장해등급이 확정된 자 또는 재해발생기간에 불구하고 폐광일 현재 장해등급이 확정되지 아니한 자에 대하여 지급하는 재해위로금의 경우 퇴직근로자가 지급받은 산업재해보상보험법 제9조의5 제1항의 규정에 의한 장해보상일시금 또는 동법 제9조의6 제1항의 유족보상일시금과 동일한 금액으로 한다.”

원고가 다루고 있는 것은 자신이 지급받을 재해위로금은 장해보상일시금을 기준으로 산정할 것이 아니라 유족보상일시금을 기준으로 산정하여야 한다는 것이다. 여기서 유족보상일시금은 유족연금을 기준으로 산정하는데 원고는 비록 자신이 유족연금이 아니라 장해보상연금을 지급받고 있지만 이것을 유족연금으로 취급하여야 한다고 주장한다. 그리고 그 근거는 주로 산업재해보상보험법의 연혁상 양자는 동일한 연금이라는 것이다.

산업재해보상보험법이 2010년 개정(법률 제10305호)되기 전에는 진폐근로자는 다른 업무상 재해 근로자와 동일하게 요양급여, 휴업급여, 장해급여(장해보상일시금 또는 장해보상연금), 유족급여(유족보상연금 또는 유족보상일

1) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두61717 판결의 사실관계를 정리한 것이다.

시금), 상병보상연금, 장의비 등을 지급받았다. 그런데 당시 규정에 따르면, 진폐근로자는 휴업급여와 상병보상연금을 함께 지급받아 다른 재해근로자와의 형평성 문제가 제기되었고 아울러 진폐근로자나 유족이 장해급여나 유족급여를 일시금으로 지급받은 후 단시일 내 소진하는 경우가 종종 생기면서 진폐근로자나 유족의 생활보장이라는 당초 보상제도의 취지가 유지되지 못한다는 비판도 잇달았다. 이에 따라 2010년 산업재해보상보험법을 개정하여 보상 유형을 요양급여, 간병급여, 장의비, 직업재활급여, 진폐보상연금 및 진폐유족연금으로 변경하였다. 즉, 요양 중 받던 생활보장 목적의 급여를 모두 연금으로 지급하고 유형도 진폐보상연금과 진폐유족연금으로 단일화하였다. 망인은 생전에 장해보상일시금 또는 장해보상연금을 지급받았고, 2010년 산업재해보상보험법이 개정되고 나서 망인이 사망하자 원고는 법률 개정 전의 유족보상연금이 아니라 새로 도입된 진폐유족연금을 지급받았다. 그런데 원고가 소로서 구하는 재해위로금의 산정 기준을 제시한 구 석탄산업법령은 2010년 개정 전 산업재해보상보험법에서 규정하였던 유족보상일시금을 산정 기준으로 규정하고 있었던 것이다. 만일 망인이 2010년 산업재해보상보험법 개정 전에 사망하였다면 원고는 유족보상연금을 받게 되었을 것이고, 따라서 구 석탄산업법령상 재해위로금을 지급받는 데 아무런 문제가 없었을 것이다. 이에 대법원은 진폐유족연금은 2010년 산업재해보상보험법 개정 전의 유족보상연금과 동일한 급여라고 보았던 것이다.

언뜻 보면 대법원의 판단이 당연한 것처럼 보이는데 제1심과 제2심 법원은 모두 원고의 주장을 일치하여 배척하였다. 그 배경에는 재해위로금에 관련한 실무상 논쟁이 있다. 원고가 받을 수 있는 재해위로금은 2가지가 있다. 이 사건에서 원고는 한국광해관리공단이 지급하는 재해위로금의 지급을 구하고 있는데 진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률에도 재해위로금이 있다(제24조 제1항 제2호). 따라서 진폐근로자나 유족은 ‘진폐 진단 시를 기준’으로 양 법률을 모두 적용받을 수 있는 경우에는 2가지 위로금을 모두 지급받을 수 있다. 원고가 여기에 해당한다. 이런 중복수급 문제를 해결하고자 석탄산업법 시행령이 2014년 개정이 되어(제25831호) 시행령 제41조 제4항 제5호 가.목은 ‘산업재해보상보험법 제91조의2에 따라 진폐로 인한 업무상 재해로 인정된 경우’를 재해위로금 지급대상에서 제외하였다. 하급심이 원고의 청구를 기각했던 것은 문리적 해석상 어려움이 있었던 것 이외에

도 이미 진폐예방법을 통해서도 재해위로금을 받을 수 있다는 사정을 고려한 것 같다.

그렇다면 진폐증에 대하여 왜 이리 보상체계가 복잡한 것일까? 이유는 폐광에 따른 광산노동자와 그들의 가족생활의 현실, 그리고 진폐라는 질병이 갖는 특성을 고려한 것이다. 광산노동자는 광산을 주변으로 마을 공동체를 이루고 매우 열악한 환경에서 살았다. 1980년 사북탄광 노동항쟁을 찾아보면 그 당시 상황을 이해할 수 있다. 그런데 그 광산이 폐광을 한다는 것은 해당 공동체를 통째로 허물어버리는 것이다. 따라서 폐광에 따른 포괄적인 사회적 대책이 필요했는데 금품 지급만을 고려하면 폐광대책비가 대표적인 것이었다. 그리고 진폐근로자에게는 치료와 생활보장을 위한 법제도적 지원이 필요했는데 그것이 바로 진폐예방법과 산업재해보상보험법이었다. 여기에는 일반적인 산재보상과 달리 위로금이라는 금원이 특별히 제도화되었다. 아울러 가족의 일자리 지원을 위해서 정선하이원 리조트 같은 폐광지역 사업을 전개한 것이다. 정선하이원 리조트와 그 협력업체에는 폐광지역 주민들이 다수 취업해 있다. 아울러 진폐증은 현대의학으로는 고칠 수 없는 불치병이다. 경과관찰에 따른 대증요법이 요양 중 치료의 다수를 차지한다. 상당수의 질환자는 시간이 지남에 따라 증상이 심해지며 사망에 이르거나 거동 자체가 불가능하게 되는 경우도 적지 않다. 중증환자의 경우 정신질환이 발병하여 자살을 하는 경우도 있다. 법원은 일찍부터 이러한 자살을 업무상 재해로 인정한다.<sup>2)</sup>

대상판결은 이렇게 한국의 석탄산업과 진폐증에 관한 한국 산업사 혹은 노동사에서 잊어서는 안 되는 중요한 장면을 보여주는 사례이다. 비록 법리적으로 큰 논쟁의 주제를 던지지는 않지만 노동법학을 하는 우리에게 잠시 과거를 생각해보고 오늘의 문제를 바라보는 계기를 마련해 준다.

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

2) 대법원 1993. 10. 22. 선고 93누13797 판결.



## 업무상 재해에 관한 고시의 효력

- 대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두39297 판결 -

### 【판결요지】

항고소송에서 처분의 위법 여부는 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 법령을 기준으로 판단하여야 한다. 이는 신청에 따른 처분의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 「뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항」(2013. 6. 28. 고용노동부 고시 제2013-32호)은 대외적으로 국민과 법원을 구속하는 효력은 없으므로, 근로복지공단이 처분 당시에 시행된 「개정 전 고시」를 적용하여 불승인처분을 한 경우라고 하더라도 해당 불승인처분에 대한 항고소송에서 법원은 「개정 전 고시」를 적용할 의무는 없고, 해당 불승인처분이 있는 후 개정된 「뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항」(2017. 12. 29. 고용노동부 고시 제2017-117호)의 규정 내용과 개정 취지를 참작하여 상당인과관계의 존부를 판단할 수 있다.

「산업재해보상보험법」은 업무상 재해를 「업무상 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망」이라고 포괄적으로 정의하면서(제5조 제1호), 업무와 재해 사이의 「상당인과관계」가 존재할 것을 요한다. 그런데 근로자에게 부상·질병·장해·사망의 재해가 발생한 경우, 그 사유나 형태는 매우 다양하기 마련이고, 인과관계를 증명하기가 쉽지 않은 경우가 적지 않다. 이에 따라 「산업재해보상보험법」은 근로자에게 발생하는 다양한 재해가 업무상 재해에 해당하는지 여부를 신속·공평하게 판단할 수 있도록 업무상 재해의 인정 기준을 정하는 한편(제37조 제1항부터 제4항), 하위 법령에서는 모법의 위임(제37조 제5항)에 따라서 업무상 재해를 인정하는 구체적인 기준을 정하고 있다(영 제27조부터 제36조).

업무상 질병의 인정 기준에 관한 「산업재해보상보험법」 시행령 제34조에서는, 1) 과로와 연관된 「뇌혈관 질병 또는 심장 질병」에 관한 기준을 동 시행

1) 「산업재해보상보험법」 시행령 제34조(업무상 질병의 인정기준) ① 근로자가 「근로기준

령 [별표 3]에서 제시하는 한편,<sup>2)</sup> 추가적으로 고용노동부 고시를 통하여 인정 여부 결정에 관한 행정적 처분을 하도록 규정하고 있다. 그런데 이러한

법 시행령 제44조 제1항 및 같은 법 시행령 별표 5의 업무상 질병의 범위에 속하는 질병에 걸린 경우(임신 중인 근로자가 유산·사산 또는 조산한 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조 제1항 제2호가목에 따른 업무상 질병으로 본다. <개정 2018. 12. 11.>

1. 근로자가 업무수행 과정에서 유해·위험요인을 취급하거나 유해·위험요인에 노출된 경력이 있을 것
  2. 유해·위험요인을 취급하거나 유해·위험요인에 노출되는 업무시간, 그 업무에 종사한 기간 및 업무 환경 등에 비추어 볼 때 근로자의 질병을 유발할 수 있다고 인정될 것
  3. 근로자가 유해·위험요인에 노출되거나 유해·위험요인을 취급한 것이 원인이 되어 그 질병이 발생하였다고 의학적으로 인정될 것
- ② 업무상 부상을 입은 근로자에게 발생한 질병이 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조 제1항 제2호나목에 따른 업무상 질병으로 본다.
1. 업무상 부상과 질병 사이의 인과관계가 의학적으로 인정될 것
  2. 기초질환 또는 기존 질병이 자연발생적으로 나타난 증상이 아닐 것
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 업무상 질병(진폐증은 제외한다)에 대한 구체적인 인정 기준은 별표 3과 같다.
- ④ 공단은 근로자의 업무상 질병 또는 업무상 질병에 따른 사망의 인정 여부를 판정할 때에는 그 근로자의 성별, 연령, 건강 정도 및 체질 등을 고려하여야 한다.
- 2) 산업재해보상보험법 시행령 [별표 3] <개정 2019. 7. 2.>  
[업무상 질병에 대한 구체적인 인정 기준(제34조 제3항 관련)]
1. 뇌혈관 질병 또는 심장 질병
    - 가. 다음 어느 하나에 해당하는 원인으로 뇌실질내출혈(腦實質內出血), 지주막하출혈(蜘蛛膜下出血), 뇌경색, 심근경색증, 해리성 대동맥자루(대동맥 혈관벽의 중막이 내층과 외층으로 찢어져 혹을 형성하는 질병)가 발병한 경우에는 업무상 질병으로 본다. 다만, 자연발생적으로 악화되어 발병한 경우에는 업무상 질병으로 보지 않는다.
      - 1) 업무와 관련한 돌발적이고 예측 곤란한 정도의 긴장·흥분·공포·놀람 등과 급격한 업무 환경의 변화로 뚜렷한 생리적 변화가 생긴 경우
      - 2) 업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등으로 발병 전 단기간 동안 업무상 부담이 증가하여 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 과로를 유발한 경우
      - 3) 업무의 양·시간·강도·책임 및 업무 환경의 변화 등에 따른 만성적인 과중한 업무로 뇌혈관 또는 심장혈관의 정상적인 기능에 뚜렷한 영향을 줄 수 있는 육체적·정신적인 부담을 유발한 경우
    - 나. 가목에 규정되지 않은 뇌혈관 질병 또는 심장 질병의 경우에도 그 질병의 유발 또는 악화가 업무와 상당한 인과관계가 있음이 시간적·의학적으로 명백하면 업무상 질병으로 본다.
    - 다. 가목 및 나목에 따른 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항은 고용노동부장관이 정하여 고시한다.

기준들은 의학적 관점과 사회적·제도적 변화에 의해 변경될 수 있는데, 법령과 같이 적용 시점이 명확한 경우와 달리 고시 기준이 변경된 경우, 산재보험 급여 신청 당시를 기준으로 그대로 적용하여 업무상 과로 여부를 판단하는 것이 적법한 것인지가 문제 될 수 있다. 대상 사건의 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

2009년에 조선소에 입사한 근로자 A는 11월 1~3일 매일 연속 10시간씩 야간근무를 했고, 같은 달 4일에도 야간근무를 하던 중 통증을 느끼고 조퇴했다. A씨는 곧바로 병원 응급실을 찾았고, 급성 심근염 진단을 받은 뒤 열흘 만에 사망했다. A씨의 근무시간을 조사한 결과, 발병 이전 12주간 근무시간은 평균 약 46시간, 이 중 야간근무시간은 평균 24시간으로 나타났는데, 이는 유족급여 신청에 대한 근로복지공단의 원처분이 있을 당시의 고시 기준상 업무상 과로로 인정되는 근로시간 기준에 미달한 것으로, 이에 근거하여 공단은 2017년 6월 유족급여 및 장의비 부지급 처분을 하였고, 이에 유족은 불복하여 소송을 제기하였다.

제1심 법원<sup>3)</sup>은 피고(근로복지공단)의 처분은 적법하다고 판시하면서, A씨의 체질적 요인과 함께 근무기록에 의해 객관적으로 확인할 수 있는 근로시간 기준이 고시에 미달하는 점을 근거로 제시하였다. 제2심 법원<sup>4)</sup> 역시 “심장 질병의 업무상 질병 인정 여부를 결정하는 과정에서 ‘만성적인 과중한 업무’가 있었는지를 판단하는 일차적 기준이 되는 업무시간을 발병 전 기준시간이 정해져 있음에도 규범적으로 망인이 과로를 하였다고 판단하기 어려운” 점을 지적하면서, 항소를 기각하였다.

반면 대상판결에서 대법원은 “항고소송에서 처분의 위법 여부는 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 법령을 기준으로 판단하여야 한다. 이는 신청에 따른 처분의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 「뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항」(2013. 6. 28. 고용노동부 고시 제2013-32호)은 대외적으로 국민과 법원을 구속하는

3) 창원지방법원 2019. 8. 14. 선고 2017구단10747 판결.

4) 부산고등법원(창원 제1행정부) 2020. 5. 13. 선고 2019누11340 판결.



효력은 없으므로, 근로복지공단이 처분 당시에 시행된 ‘개정 전 고시’를 적용하여 불승인처분을 한 경우라고 하더라도 해당 불승인처분에 대한 항고소송에서 법원은 ‘개정 전 고시’를 적용할 의무는 없고, 해당 불승인처분이 있는 후 개정된 「뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항」(2017. 12. 29. 고용노동부 고시 제2017-117호)의 규정 내용과 개정 취지를 참작하여 상당인과관계의 존부를 판단할 수 있다.”라고 하면서, 고용노동부 고시 개정으로 ① 주 평균 업무시간이 기존 60시간에서 52시간을 초과하는 경우 업무 관련성이 증가하는 것으로 평가하는 등 관련 규정이 변경된 점, ② 교대제 업무, 육체적 강도가 높은 업무 등 업무 부담이 가중되는 업무 특성이 있는 경우에 대한 가중 요인을 추가적으로 규정하고 있다는 점 등을 근거로 “평소 주야간 교대 근무 등으로 인하여 육체적·정신적 과로가 누적되어 면역력이 저하된 상태에서 초기 감염이 발생하였고, 그런데도 제대로 휴식을 취하지 못한 채 야간근무를 계속하던 중 초기 감염이 급격히 악화되어 이 사건 상병이 발병하여 사망에 이르게 되었다고 볼 여지가 크다.”고 판단하면서 원심판결을 파기 환송하였다.

이 사건의 주요 검토 대상인 고용노동부 고시 「뇌혈관 질병 또는 심장 질병 및 근골격계 질병의 업무상 질병 인정 여부 결정에 필요한 사항」(이하, 「과로사 산재 인정기준」)은 2018년 1월 1일 자로 그 내용이 상당 부분 변경되었다.<sup>5)</sup> 기존 「과로사 산재 인정기준」 고용노동부 고시는 발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 60시간(발병 전 4주 동안 1주 평균 64시간)을 초과하는 경우에 업무와 발병의 관련성이 강하다고 규정하고 있었고, 이에 대해 지나치게 양적 측면에 초점을 맞춘 기준이라는 비판이 지속적으로 제기되어 왔다. 개정된 「과로사 산재 인정기준」 고용노동부 고시는 이러한 비판적 목소리를 수용하여 만성과로 기준시간을 세분화하여 52시간을 추가하고, 업무 가중 요인을 제시하여 업무 관련성 판단이 객관화되도록 기준을 신설하였고, 야간근무(22:00~06:00)의 업무시간을 산출할 때 주간근무시간의 30%를 가산하도록 하는 규정을 신설하였다. 또한 고혈압, 당뇨, 흡연 등 재해자의 기초

5) 2018년 1월 1일 자로 시행된 개정 과로사 산재 인정 기준은 기존 고시와 비교할 때 실질적 기준에 변경이 있었으나, 주요 변경 사항을 비교하면 다음과 같다.

질환을 업무 관련성 판단의 고려 사항으로 보지 않도록 ‘건강상태’를 삭제하여, 기존 판례에서의 인과관계 판단 원칙들을 명확하게 수용하고 있다.<sup>6)</sup>

이상의 점들을 고려한다면, 대상판결은 이전 고시의 형식적(법규적) 효력을 부정한 것임과 동시에 새로운 고시의 내용적 효력을 존중한 것으로 볼 수 있다. 결국 대상판결을 기초로 단순히 업무상 재해에 관한 고시가 사법적으로 유효하지 않으므로, 법원이 재량적으로 판단할 수 있다는 것으로 이해되어서는 안 될 것이다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

	2016. 7. 1. 고용노동부고시 제2016-25호	2018. 1. 1. 고용노동부고시 제2017-117호
만성과로 기준 시간	발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 60시간 초과	발병 전 12주 동안 업무시간이 1주 평균 52시간 초과
건강상태	근로자의 건강상태를 업무상 부담 판단의 종합적 고려 요소로 포함	근로자의 건강상태를 업무상 부담 판단의 종합적 고려 요소에서 삭제
업무 부담 가중요인	야간근무(야간근무를 포함하는 교대근무)	① 근무일정 예측이 어려운 업무 ② 교대제 업무 ③ 휴일이 부족한 업무 ④ 유해한 작업환경(한랭, 온도변화, 소음)에 노출되는 업무 ⑤ 육체적 강도가 높은 업무 ⑥ 시차가 큰 외국 출장이 잦은 업무 ⑦ 정신적 긴장이 큰 업무
업무시간 산출	야간근무(야간근무를 포함하는 교대근무도 해당)의 경우는 주간근무에 비하여 더 많은 육체적·정신적인 부담을 발생시킬 수 있다는 확인 규정만 있을 뿐 구체적인 업무시간 산출 기준은 없음	오후 10시부터 익일 6시 사이의 야간근무의 경우 주간근무의 30%를 가산하여 업무시간 산출(감시단속 및 이와 유사한 업무 제외)

- 6) 「산업재해보상보험법」 시행령 제34조(업무상 질병의 인정기준) 제2항에서는 “업무상 부상과 질병 사이의 인과관계가 의학적으로 인정될 것”(제1호)과 “기초질환 또는 기존 질병이 자연발생적으로 나타난 증상이 아닐 것”(제2호)을 규정하고 있다. 다만 대법원 판례에 따르면, 이러한 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백하게 증명되어야 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시의 건강상태, 발병 경위, 질병의 내용, 치료의 경과 등 제반 사정을 고려할 때 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우도 인정 가능하다. 그리고 업무상 발병한 질병이 사망의 주된 발생 원인이 아니라고 하더라도, 업무상 발병한 질병이 업무와 직접적인 관계가 없는 기존의 다른 질병과 복합적으로 작용하여 사망하게 되었거나, 업무상 발병한 질병으로 인하여 기존 질병이 자연적인 경과 이상으로 급속히 악화되어 사망한 경우에도 업무와 사망 사이에 인과관계가 있다고 볼 수 있다(대법원 2020. 5. 28. 선고 2019두62604 판결; 대법원 2018. 5. 15. 선고 2018두32125 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98두12642 판결 등).

## 중대재해처벌법의 입법과 산업안전보건법의 위치

- 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018도10353 판결<sup>1)</sup> -

### 【판결요지】

사업주가 사업장에서 보건조치가 취해지지 않은 상태에서 작업이 이루어지고 있고 향후 그러한 작업이 계속될 것이라는 사정을 미필적으로 인식하고도 이를 그대로 방치하고, 이로 인하여 사업장에서 보건조치가 취해지지 않은 채로 작업이 이루어졌다면 사업주가 그러한 작업을 개별적·구체적으로 지시하지 않았더라도 위 죄는 성립한다. 위와 같은 법리는 동일한 장소에서 행하여지는 사업의 일부를 도급에 의하여 행하는 사업의 사업주에 있어서 그의 수급인이 사용하는 근로자가 구 산업안전보건법 제29조 제3항에 규정된 산업재해 발생 위험이 있는 장소에서 작업을 하는 경우인 구 산업안전보건법 제68조 제2호, 제29조 제3항 위반죄에도 마찬가지로 적용된다.

대상판결은 2015년 4월 30일 경기도 이천에서 반도체 제조업을 하는 H회사의 공장에서 발생한 질식사고이다. H회사는 총공사비 1조 6,000억 원을 들여 이천에 반도체 제조시설을 건설하였는데, 건설공사 중 유기화합물 저감설비공사는 D회사에 도급을 주었다. H회사는 건설기획프로젝트팀 관리책임자이자 안전보건총괄책임자로 H회사의 환경안전본부 이천설비기술실장 甲을 선임하였다. D회사는 유기화합물 저감설비의 단열재 시공 상태를 확인하려고 그 소속 근로자 2명을 설비 내부에 들어가도록 하였다. 그러나 설비 내부로 들어가기 전에 설비 내부에 질소가스 등이 있는지 살펴보지 않고 그대로 근로자들을 투입하였고 위 2명은 설비 내부에서 질식사하였다. 검사는 「산업안전보건법」 위반죄에 대해서는 甲과 D회사의 현장대리인 乙, 그리고 H회사와 D회사를 기소하였다(그 밖의 관련자 및 형법상 업무상과실치사죄 부분은 논의에서 제외한다). 한편, 이 사건은 2018년 개정 산업안전보건법이 적용되기 전에 발생한 사건으로 도급인 사업주 H회사에 대해서는 사망 사고

1) 판여 법관: 대법관 민유숙(재판장), 김재형, 이동원, 노태약(주심).

에 대한 책임을 묻지 못하고 질식사고 예방을 위한 보건조치를 취하지 아니한 것에 대해서만 책임을 물을 수 있었다. 대법원은 H회사에 대하여 벌금 500만 원을, D회사에 대하여 벌금 1,000만 원을 확정하였다. 甲과 乙은 금고 6개월에 집행유예 1년이 확정되었다.

산업안전보건법을 사업주인 법인 기업에 대하여 적용하려면 위반행위자의 책임을 먼저 인정하여야 한다. 따라서 대상판결에서는 甲의 산업안전보건법 위반 사실이 인정되어야 한다. 재판과정에서 甲이 주로 다룬 것 중 하나가 대기업의 산업안전보건법 위반 사건에서 늘 그렇듯이 현장의 안전보건 상황에 대하여 구체적으로 인식할 수 없었다는 것이다. 즉, 대기업의 다층적인 의사결정구조나 보고체계상 수급인 사업주가 밀폐공간 질식사고를 막기 위해서 취해야 하는 보건조치 위반 사실을 도급인 사업주의 고위 관리자인 甲이 인식하는 것은 어렵고 따라서 甲에게는 구체적인 보건조치의무가 없거나 범죄의 고의가 부정된다는 논리이다. 이러한 위반행위자의 변론은 S전자 불산 누출 사건(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결)에서 받아들여졌다. S전자 불산 누출 사건에서 대법원은 산업안전보건법의 위반행위자는 사고를 예방하기 위하여 산업안전보건법령이 정한 의무를 직접적·구체적으로 이행할 의무가 있어야 한다는 논증을 하였다. 그런데 대상판결에서는 S전자 불산 누출 사건을 전혀 언급하지 않은 채 다른 판결의 법리를 종합하여 甲의 고의를 인정한다. 그리고 그 근거로 甲이 수급인들 사이의 공사기간 및 일정 조율 등의 공정관리, 안전작업관리 및 보완 지시, 질소 등 유틸리티 관련 업무를 직접 실행하는 등으로 도급을 준 유기화합물 저감설비의 설치 공사를 비롯한 사업의 전체적인 진행 과정을 총괄하고 수급인들 사이의 업무를 조율하였을 뿐만 아니라 안전보건과 관련한 구체적인 지시까지 하였다고 사실 인정을 하고 있다. 그런데 대법원 판결서에서 언급하고 있는 사정은 甲이 구체적·직접적으로 관여한 업무가 아니라 H회사의 팀원들이 담당할 업무였다. 이런 사실은 하급심 판결서를 읽어 보면 잘 나타나 있다(제1심 수원지방법원 여주지원 2017. 3. 8. 선고 2016고단3 판결; 제2심 수원지방법원 2018. 6. 11. 선고 2017노1871 판결). 그러니 평석하는 사람으로서 판결서만 대조해서는 S전자 불산 누출 사건과 대상판결이 본질적으로 무엇이 다른 것이지 명확히 분석하기 어렵다.

논의를 전환해서 만일 「중대재해처벌법」을 이 사건에 적용하면 어떻게 될



까? 사망 사고가 발생하였으므로 중대재해처벌법의 적용 대상이 된다는 것은 분명하다. 문제는 중대재해처벌법에서 규정하고 있는 경영책임자의 의무 위반을 인정할 수 있는가이다. 수급인 사업주 소속 근로자가 사망하였으므로 적용 법조는 제5조가 된다. 중대재해처벌법 제5조는 “사업주 또는 경영책임자 등은 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 행한 경우에는 제3자의 종사자에게 중대산업재해가 발생하지 아니하도록 제4조의 조치를 하여야 한다. 다만, 사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우에 한정한다.”라고 규정한다. 한편, 제4조는 경영책임자의 안전 및 보건확보의무를 규정하는데 대상판결에 적용될 수 있는 주된 법조는 제4조 제1항 제1호 재해 예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치와 제4호 안전·보건 관계 법령에 따른 의무 이행에 필요한 관리상의 조치일 것이다. H회사의 경우 지명도가 높은 대기업으로서 제1호에서 규정하고 있는 일반적인 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치는 취했을 가능성이 높다. 적어도 중대재해처벌법이 시행되면 그렇게 될 것이다. 문제는 제4호이다. 경영책임자가 취하여야 하는 관리상의 조치는 구체적으로 무엇일까? 안전·보건 관계 법령의 대표적인 것이 산업안전보건법이다. 따라서 산업안전보건법상 기존의 안전보건조직이 담당하는 의무 중 어떤 것을, 또는 그런 의무에 추가하여 어떤 새로운 의무를 경영책임자의 관리상의 조치로 규정하여야 할까? 경영책임자가 질식사고 예방 계획을 포함하여 사업 전반의 안전보건에 관한 관리상 계획을 수립하고 이행하도록 담당자에게 지휘하고, 나아가 정기적으로 이를 검토하는 회의를 주재하였다면 필요한 관리상의 조치를 취한 것인가? 그렇다면 대상판결에서 경영책임자는 면책되어야 한다. 중대재해처벌법은 경영책임자의 의무 내용과 그 이행 정도에 관해 어려운 문제를 남기고 있다. 이런 해석상 문제에 직면하는 이유는 경영책임자에게 구체적인 의무를 입법한 사례가 세계적으로도 유례가 없기 때문이다. 중대재해처벌법을 입법하면서 참고한 영국이나 호주의 사례를 살펴봐도 경영책임자에 대한 의무는 상당히 추상적인 형태로 입법되어 있고 그 구체화는 법원에 맡기고 있다. 평석하는 사람이 보기에는 이것이 오히려 다양하고 복잡한 노동 현장의 안전보건 문제에 대응하는 데 적절한 입법 방식이라고 생각하는데, 죄형법정주의라는 대륙법계의 고전적인 논리에 매달려 우



리나라는 독자적인 길을 가고 있다. 그런 의미에서 어쩌면 산업안전보건법은 중대재해처벌법 시행 이후에도 여전히 중대재해 처벌에 대하여 나름의 역할을 할 수도 있다. 중대재해처벌법의 해석상 난점으로 인하여 경영책임자에 대한 무죄 판결이 속출하는 상황이 발생한다면 미흡한 점은 많지만, 차근차근 정립되어가고 있는 산업안전보건법의 형사처벌 이론에 따라 경영책임자가 아닌 다른 사람을 위반행위자로 특정하고 그의 혐의를 인정한 후 법인 기업을 처벌하는 방식이 여전히 유효할 수도 있다. 만일 이런 상황이 실제로 발생할 수 있다면 중대재해에 대해 수사 실무는 중대재해처벌법과 산업안전보건법을 모두 적용하는 방식으로 형성될 수도 있다. 그렇게 되면 하나의 중대재해에 대해 경영책임자가 아닌 위반행위자, 경영책임자, 그리고 그들이 소속된 기업이 처벌되는 3중 구조가 나타난다. 중대재해처벌법이 갈 길도 험난해 보인다.

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

## 육아휴직급여 신청 기간의 법적 성격

- 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결 -

### 【판결요지】

구 고용보험법 제70조는 제1항에서 육아휴직급여의 실제적 요건을 규정하면서, 제2항(이 사건 조항)에서 “제1항에 따른 육아휴직급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다. 다만, 해당 기간에 대통령령으로 정하는 사유로 육아휴직급여를 신청할 수 없었던 사람은 그 사유가 끝난 후 30일 이내에 신청하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 고용보험법 시행령 제94조는 이 사건 조항 단서에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 천재지변(제1호), 본인이나 배우자의 질병·부상(제2호), 본인이나 배우자의 직계존속 및 직계비속의 질병·부상(제3호), 병역법에 따른 의무복무(제4호), 범죄혐의로 인한 구속이나 형의 집행(제5호)을 말한다고 규정하고 있다. 이 사건 조항은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정이다. 근로자가 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 이 사건 조항에서 정한 신청 기간 내에 관할 직업안정기관의 장에게 급여 지급을 신청하여야 한다. 다시 말하면, 육아휴직급여 신청 기간을 정한 이 사건 조항은 훈시규정이라고 볼 수 없다.

### 1. 사안의 개요

대상 판결의 사안에서 원고는 2014년 10월 21일 자녀를 출산하여 2014년 12월 30일부터 2015년 12월 29일까지 육아휴직을 하였다. 이후 원고는 2017년 2월 24일이 되어서야 피고(서울지방고용노동청 서울강남지청장)에게 육아휴직기간에 대한 육아휴직급여를 신청하였다. 이에 대해 피고는 2017년 3월 8일 원고가 구 「고용보험법」(2019. 1. 15. 법률 제16269호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제70조 제2항(이하 ‘이 사건 조항’)에서 정한 육아휴직 종료일부 터 12개월이 지나서야 육아휴직급여를 신청하였다는 이유로 육아휴직급여 지급을 거부하는 처분을 하였다. 이에 원고는 소송으로 다투었고, 대상 판결

의 제1심(서울행정법원 2017. 10. 19. 선고 2017구합66084 판결)은 원고가 신청 기간이 경과한 후에 육아휴직급여 신청을 하였다는 이유로 피고가 거부 처분을 한 것은 적법하다고 보아 원고의 청구를 기각하였다. 그러나 대상 판결의 원심(서울고등법원 2018. 5. 23. 선고 2017누80815 판결)은 이 사건 조항을 훈시규정이라고 보아 원고의 청구를 받아들였고, 이에 반발한 피고가 상고를 제기하였다.

육아휴직급여의 신청과 관련해서는, 대상 판결의 사안이 문제되던 시기나 2021년 4월 현재나 마찬가지로인데, 육아휴직급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하도록 원칙적으로 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 반면 육아휴직급여에 관한 권리의 소멸시효와 관련해서는 「고용보험법」이 2019년 1월 15일 법률 제16269호로 일부개정되기 전까지는 육아휴직급여를 지급받거나 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성되는 것으로 규정하고 있었다.<sup>2)</sup> 구 「고용보험법」은 육아휴직급여에 대한 신청 기간을 육아휴직 종료 후 12개월까지로 두면서도 동시에 육아휴직급여를 지급받을 권리의 소멸시효를 3년으로 규정하고 있다 보니까, 육아휴직급여를 지급받을 권리가 있다고 생각하는 피보험자인 근로자 입장에서는 사실 혼란이 있을 수도 있고 만연히 3년 내에만 신청하면 되겠지라고 방만하게 여기기 쉬워 보인다. 이러한 것이 이유가 되었을지는 모르겠으나 육아휴직급여의 신청 기간이 지난 후에 육아

---

1) 구 고용보험법 제70조(육아휴직급여) ② 제1항에 따른 육아휴직급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다. 다만, 해당 기간에 대통령령으로 정하는 사유로 육아휴직급여를 신청할 수 없었던 사람은 그 사유가 끝난 후 30일 이내에 신청하여야 한다.

2) 구 고용보험법 제107조(소멸시효) ① 제3장부터 제5장까지의 규정에 따른 지원금·실업급여·육아휴직급여 또는 출산전후휴가 급여 등을 지급받거나 그 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.

3) 2019년 1월 15일 개정으로 동 조항은 다음과 같이 개정되었다.  
 구 고용보험법 제107조(소멸시효) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.

1. 제3장에 따른 지원금을 지급받거나 반환받을 권리
2. 제4장에 따른 취업촉진수당을 지급받거나 반환받을 권리
3. 제4장에 따른 구직급여를 반환받을 권리
4. 제5장에 따른 육아휴직급여, 육아기 근로시간 단축 급여 및 출산전후휴가 급여 등을 반환받을 권리



휴직급여를 신청했다가 거부되어 소송으로 다투어진 사례는 대상 판결 외에도 종종 있었다.<sup>4)</sup>

일단 사안의 결론부터 말하자면, 전원합의체 판결로 선고된 대상 판결의 다수 의견은 “고용보험법 제70조 제2항은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정으로, 위 규정에서 정한 신청 기간을 경과하여 한 육아휴직급여 신청을 거부한 관할 행정청의 처분은 적법하다.”고 판단하여, 이와 다른 취지의 원심 판결을 파기하였다. 이러한 다수 의견에 대하여 대법관 5인의 반대 의견이 있었고, 다수 의견에 대한 대법관 1인의 보충 의견이 있었다.

## 2. 대상 판결의 다수 의견

다수 의견은 이 사건 조항에서 정한 신청 기간은 제척기간으로서 강행규정에 해당한다고 보았는데, 그 판단의 이유는 다음과 같다.

첫째, 법령의 규정에 의하여 바로 구체적인 권리가 발생하는 유형이 아닌 ‘사회보장수급권’은 관계 법령에서 정한 실체법적 요건을 충족시키는 객관적인 사정이 발생하면 추상적인 급부청구권의 형태로 발생하고, 관계 법령에서 정한 절차·방법·기준에 따라 관할 행정청에 지급 신청을 하여 관할 행정청이 지급 결정을 하면 그때 비로소 구체적인 수급권으로 전환된다. 이와 같은 사회보장수급권의 실현은 추상적 형태의 권리와 구체적 형태의 권리로 나뉘고, 각각의 권리행사는 그 목적과 방법이 서로 다르다. 입법자는 이에 대해 각각의 권리행사기간을 결정하게 되는데, 각각의 권리행사기간을 병존적으로 규정하는 경우가 사회보장수급권의 각 권리행사기간을 구현한 모습이라 할 것이다. 이러한 논리를 토대로 보면, 이 사건 적용 법률인 구 「고용보험법」은 육아휴직급여 청구권의 행사에 관하여 이 사건 조항에서는 신청 기간을, 제107조 제1항에서는 육아휴직급여 청구권의 소멸시효기간을

4) 서울고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016누81972 판결, 서울행정법원 2018. 6. 4. 선고 2018구단52757 판결 등. 앞의 판결에 대한 평석은 오세웅(2017. 12.), 「육아휴직급여 신청 기간의 해석」, 『노동법학』 제64호, 한국노동법학회, pp.238~241; 노호창(2017. 8.), 「육아휴직급여의 신청에 대한 제척기간과 급여를 받을 권리에 대한 소멸시효」, 『노동리뷰』 제149호, 한국노동연구원, pp.107~112. 뒤의 판결에 대한 평석은 노호창(2018. 9.), 「육아휴직급여 신청 기간의 법적 성질」, 『노동법학』 제67호, 한국노동법학회, pp.265~271.

규정하고 있는 것을 볼 수 있는바, 이 사건 조항과 제107조 제1항은 육아휴직급여 청구권의 각 권리행사기간을 별도로 규정한 유형에 해당하는 경우로서, 이 사건 조항에서 정한 신청 기간은 ‘제척기간’에 해당한다.

둘째, 이 사건 조항은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정이요, 근로자가 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 이 사건 조항에서 정한 신청 기간 내에 관할 직업안정기관의 장에게 급여 지급을 신청하여야 한다. 왜냐하면 법 해석의 목표는 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 하므로, 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것이 원칙이고, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없기 때문이다. 이 사건 조항을 보면, 그 본문과 단서는 모두 일정 기간 이내에 육아휴직급여를 ‘신청하여야 한다.’고 규정하고 있는바, 이는 이 사건 조항에서 육아휴직급여를 지급받으려는 사람으로 하여금 일정한 기간을 준수하여야 할 의무를 부과하는 것이라고 이해하는 것이 법률 문언의 바람직한 해석인 것이다. 한편 이 사건 조항 단서 및 그 위임에 따른 「고용보험법 시행령」 제94조는 육아휴직급여를 지급받으려는 사람이 이 사건 조항 본문에서 정한 신청 기간 내에 육아휴직급여를 신청하기 어렵다고 인정되는 객관적인 사유가 있는 경우에는 신청 기간을 연장하여 줌으로써, 한편으로는 이 사건 조항 본문에서 정한 신청 기간을 기계적·형식적으로 적용하는 경우에 발생할 수 있는 불합리한 결과를 방지하면서도, 다른 한편으로는 그 사유가 끝난 후 30일까지 육아휴직급여를 신청할 수 있도록 하여 신속하게 그 권리를 행사하도록 규정한 것이다.

셋째, 육아휴직급여를 받을 권리는 법령에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 급여를 받으려고 하는 사람이 신청서에 소정의 서류를 첨부하여 관할 직업안정기관의 장에게 제출하고, 관할 직업안정기관의 장이 육아휴직급여의 요건을 갖추었는지, 급여 지급 제한의 사유가 있는지 등을 검토한 후 급여 지급 결정을 함으로써 구체적인 권리가 발생하는 것이다. 따라서 육아휴직급여에 관한 추상적 권리의 행사에 관해서는 이 사건 조항에서 정한 신청기간이 적용되고, 구체적 권리의 행사에 관해서는 「고용보험법」 제107조 제1항에서 정한 소멸시효가 적용된다고 이해하면, 반대 의견이 우려하고 있는



바와 같이 두 규정이 서로 중첩되어 충돌하는 상황은 발생하지 않는다. 특히 추상적 권리의 행사인 육아휴직급여 신청에 관하여 이 사건 조항에서 정한 신청 기간이 적용된다는 점을 더욱 명확하게 하기 위해 2019년 1월 15일 「고용보험법」 제107조 제1항의 소멸시효 대상이 육아휴직급여를 ‘지급받거나 그 반환을 받을 권리’에서 육아휴직급여를 ‘반환받을 권리’로 개정되면서 ‘지급받을 권리’ 부분은 「고용보험법」에서는 삭제되기에 이르렀다. 이에 따라 「고용보험법」 개정 이후에는 육아휴직급여를 ‘지급받을 권리’는 더 이상 「고용보험법」이 아니라 「국가재정법」의 적용대상이 되었고, 「국가재정법」 제96조 제2항에 따라 육아휴직급여를 ‘지급받을 권리’는 5년의 소멸시효를 적용받게 되었다.

### 3. 대상 판결의 반대 의견

다수 의견의 이러한 주장과 논리에 대해 반대 의견은 이 사건 조항은 훈시규정에 해당한다는 전제에서 다음과 같은 논리를 제시하였다.

첫째, 이 사건 조항은 육아휴직급여의 신청 기간을 정하고 있지만 그 기간의 법률적 성질 및 기간 경과의 효력에 대하여 규정한 바는 없다. 따라서 사인(私人)이 행정청에 대하여 권리를 행사하는 기간을 정하되 그 법률적 성질이나 기간 경과의 효과를 정하지 않은 경우, 이를 제척기간으로 해석하여 기간을 경과한 권리 행사의 효력을 소멸시키는 것으로 설불리 단정해서는 안 된다. 특히 피보험자인 근로자 등이 납부한 보험료로 마련된 고용보험기금을 육아휴직급여의 재원으로 사용하고 있고, 육아휴직급여를 지급받기 위해서 근로자의 일정한 자기 기여가 요구되므로, 육아휴직급여 청구권은 재산권적 성격을 띠고 있어 그 내용을 변경하거나 축소하는 경우 이를 유념하여야 할 것이다.

둘째, 이 사건 조항은 ‘육아휴직의 부여’와 ‘육아휴직급여 지급’이 이원화되어 있는 현재의 체제상 수급권자가 직업안정기관의 장에 대하여 육아휴직급여 신청을 하지 않으면 절차가 진행되지 않는다는 것을 환기시키고 육아휴직 기간 중의 생계 지원이라는 제도의 목적을 달성할 수 있도록 1년의 기간 내에 신청할 것을 촉구하는 의미의 절차적 규정이므로 훈시규정에 해당

한다고 보아야 한다. 왜냐하면 육아휴직 제도와 육아휴직급여 제도는 그 근거 법령인 ‘남녀고용평등법’ 및 「고용보험법」의 거듭된 개정으로 대상의 확대, 급여액의 상향, 육아기 근로시간 단축 급여 제도 등 관련 제도가 다양화되고 있으며, 특히 2011년 「고용보험법」 개정으로 이 사건 조항의 내용이 신청 요건 규정(고용보험법 제70조 제1항)에서 제외되었다는 점을 주목하면 이 사건 조항에서 정한 신청 기간을 제척기간으로 운용하는 것은 유연한 대처에 저해가 되는 결과를 초래하는 것이어서 입법자의 의도로 보기에 부당하기 때문이다.

셋째, 구 「고용보험법」 제107조 제1항이 육아휴직급여를 지급받을 권리가 3년의 시효로 소멸한다고 명시적으로 규정하는 이상 수급신청권을 행사할 수 있는 기간은 소멸시효기간인 3년이므로, 이 사건 조항을 제척기간으로 해석하면 12개월의 제척기간과 3년의 소멸시효기간이 중복적으로 적용되어 3년의 명시적인 소멸시효기간 규정이 사문화되는 결과가 초래되므로, 이 사건 조항은 제107조 제1항과 배치되지 않도록 해석하여야 한다.

넷째, 공무원은 육아휴직 신청 외 별도의 신청 없이 육아휴직수당이 지급되고 있는바, 육아휴직급여의 신청 기간을 1년으로 제한한다면 공무원과 현격한 차이가 발생하게 되고, 이는 권리보장에서의 본질적 차별을 가져오게 된다.

다섯째, 근로자가 육아휴직을 하였다면 해당 근로자에게 육아휴직급여를 지급하는 것이 고용보험을 관리하는 기관의 책무라고 보아야 하는 점, 저출산·초고령 사회에서 모든 육아휴직급여 수급권자가 혜택을 누릴 수 있도록 적극적으로 해석하여야 하는 점 등도 이 사건 조항의 해석에 고려되어야 한다.

여섯째, 「고용보험법」은 육아휴직급여 청구권의 인정 절차와 지급 절차를 구분하지 않고 하나의 신청에 따른 최종 지급을 예정하고 있을 뿐이기 때문에 이 사건 조항에 따른 육아휴직급여 청구권이 추상적 권리와 구체적 권리로 구분된다고 해석하는 다수 의견은 고용보험법령과 명백히 배치되는 내용으로 부당하다고 본다.

#### 4. 대상 판결의 다수 의견에 대한 보충 의견

다수 의견에 대한 보충 의견의 논리는 다음과 같다.

첫째, 입법부가 명확히 강제력을 부여하고 있는 법률 조항을 사법부가 훈시규정이라고 선언하는 것은 법률의 폐지와 마찬가지로 사법부 권한의 영역을 벗어나는 것이다.

둘째, 반대 의견은 육아휴직급여 수급권자의 인정을 받는 절차와 인정된 육아휴직급여를 신청하는 절차가 구분되지 않고 일원화되어 있다는 점을 들어 육아휴직급여 청구권을 추상적 권리와 구체적 권리로 구분하는 것이 부당하다는 취지로 주장하고 있으나, 육아휴직급여를 위와 같이 일원화한 것은 국민 편의를 위한 윈스톱 행정 서비스를 제공하는 것일 뿐 그로 인해 권리의 성질을 달리 볼 것은 아니다.

셋째, 육아휴직급여 청구권의 경우 장래 발생 가능한 사회적 위험의 현실적 발생을 조건으로 재산권적 성격을 갖춘다는 점에서 일반적인 재산권과는 구별되고, 육아휴직급여 청구권 자체가 사회국가원리에서 도출되는 사회보험급여로 수급자 개인의 생활보장뿐만 아니라 현재와 미래 전체 가입자의 사회보장을 위하여 형성되는 것으로 사회적 관련성이 강하게 인정된다. 따라서 입법자에게 그 형성에 대하여 다른 어떠한 재산권보다도 광범위한 입법적 재량이 인정된다.

#### 5. 판결의 함의

권리 중에는 계약이나 법률에 의해 그 실체적 존재와 내용이 명확한 경우도 있지만, 그 발생여부라든가 내용에 대해 알기 위해서는 당사자가 국가로 하여금 확인을 하도록 발동 절차가 필요한 경우도 있다. 사회보장수급권이 후자에 속하는 한 가지 예시라고 할 수 있는데, 추상적인 관점에서는 사회보장수급권이 존재하는 것으로 인정될 수 있더라도 당사자가 구체적으로 그 사회보장수급권을 누리기 위해서는 자신이 그러한 요건에 해당하는지, 급여의 내용은 무엇인지, 급여에 대한 제한은 없는지 등 관련 내용을 국가로 하여금 확인해 달라고 요구해야 한다. 그러한 확인을 요구하는 절차가 바로 신



청이다. 실체적 권리로서의 사회보장수급권을 누리기 위해서는 그 전 단계로 신청이라고 하는 절차를 거쳐야 하고 신청권이라는 절차적 권리를 행사해야 하는 것이다. 절차적 권리의 행사 없이는 실체적 권리의 존재 여부 및 내용을 알 수 없는 것이 사회보장수급권의 특징인 것이다.

사회보장수급권의 이러한 성격을 토대로 보면, 반대 의견은 몇 가지 측면에서 설득력이 약하다고 생각된다.

첫째, 사회보장급여의 신청부터 실제 지급받을 때까지의 구조를 보면, (1) 실체적 권리의 자격 및 존재 여부에 대한 판단을 신청하는 절차, (2) 권리의 자격 및 존재 여부에 대한 판단, (3) 자격 및 존재가 있다고 판단된 경우 그 액수와 기간을 결정하는 판단이라고 하는 3단계 구조를 거치는데, 여기서 (1)단계의 절차를 거치지 않으면 다음 단계로 이행할 수 없는 것이고, (1)단계 신청 절차의 기간은 제척기간일 수밖에 없는 것이다. 육아휴직급여의 경우에도 (1)단계의 절차는 육아휴직 종료 후 12개월의 제척기간에 걸리므로 (1)단계를 거치지 않고 육아휴직 종료 후 12개월이 지나 버리면 나머지 단계는 거칠 수가 없는 것이다. 그러므로 만약 육아휴직 종료 후 12개월 이내에 육아휴직급여를 신청한 적이 없었던 근로자라면 이후에는 육아휴직급여를 신청하여 인정되는 것이 불가능하다고 보는 것이 타당하다.<sup>5)</sup>

둘째, 실체적 권리의 존재 여부가 확인된 후에야 비로소 소멸시효도 문제될 수 있는 것이기에 ‘이 사건 조항을 제척기간으로 해석하면 12개월의 제척기간과 3년의 소멸시효기간이 중복적으로 적용되어 3년의 명시적인 소멸시효기간 규정이 사문화되는 결과가 초래되므로 이 사건 조항은 제107조 제1항과 배치되지 않도록 해석하여야 한다.’는 반대 의견의 논리는 이 사건 조항보다 제107조 제1항의 효력을 우선시하는 것이 되므로 타당하지 않다. 두 가지 조항은 어느 것이 다른 것에 우선하거나 다른 것을 배척하는 조항이 아니기 때문이다. 오히려 육아휴직급여 신청권이라고 하는 절차적 권리는 육아휴직 종료 후 12개월을 제척기간으로 하는 것이고, 육아휴직급여를 받을 권리라고 하는 실체적 권리는 그 존재가 확인된 경우 3년을 소멸시효로 가지는 것으로 이해하는 것이 두 조항의 조화로운 관계이자 합리적 해석이

5) 노호창(2017. 8.), 『육아휴직급여에 관한 법적 쟁점의 검토』, 『서울법학』 25(2), 서울서립대 법학연구소, p.105.



다.

셋째, 반대 의견은 육아휴직급여 청구권의 재산권적 성격을 강조하면서 ‘육아휴직급여 청구권은 재산권적 성격을 띠고 있으므로 그 내용을 변경하거나 축소하는 경우 이를 유념하여야 한다.’고 주장하고 있으나, 어떤 권리가 재산권적 성격을 띠고 있다고 해서 그 보장의 강도가 동일할 수도 없는 것이거나(6) 육아휴직급여 청구권이 재산권적 성격이 있다고 해서 신청도 하지 않고 곧바로 민사소송을 통해서 주장할 수 있는 권리인 것도 아닐 뿐만 아니라, 실제적 권리의 자격 및 존재 여부의 확인을 위해 국가로 하여금 확인행위를 발동시키기 위해 당사자의 신청을 요구하는 것이 결코 그 내용을 변경시키거나 축소시키는 것이 아니다. 반대 의견은 이 부분에서 절차와 내용을 혼동하고 있거나 뒤섞어서 바라보고 있는 것이다.

넷째, 반대 의견은 ‘저출산·초고령 사회에서 모든 육아휴직급여 수급권자가 혜택을 누릴 수 있도록 적극적으로 해석하여야 하는 점’을 들어 이 사건 조항을 훈시규정으로 보아야 한다고 주장하고 있으나, 육아휴직급여는 본래 저출산·초고령 사회를 해결하기 위해 등장한 제도가 아니라는 점, 육아휴직급여가 저출산·초고령 사회를 극복하기 위한 근본적인 대책이 될 수는 없다는 점에서 주장의 설득력이 약하다.

다섯째, 반대 의견은 육아휴직급여의 신청 기간을 훈시규정으로 보아야 하는 이유로 공무원의 육아휴직수당과 비교해 볼 때 불합리한 차별이라는 점도 지적하는데, 이는 논리적으로 타당하지 못하다. 왜냐하면 근로자는 사회보험에 해당하는 고용보험의 적용을 받는 것이지만 공무원의 경우 고용보험을 적용받는 것도 아니고 또한 육아휴직수당을 국가 예산을 통해 지급받고 있으며 육아휴직수당 신청 절차가 별도로 필요한 것이 아니어서 서로 다른 범주에 속하기 때문이다.<sup>7)</sup>

결론적으로, 대상 판결은 대법원이 육아휴직급여의 신청 기간과 관련한 규정(고용보험법 제70조 제2항)의 성격에 대하여 최초로 밝힌 사례라는 점에서 그 의미가 매우 크다고 하겠다. 특히 대법원은 대상 판결을 통하여 육아

6) 사회보장수급권이 재산권의 성격을 가지고 있지만 소유권과 같이 강력한 재산권의 성격을 가지는 것은 아니라는 점을 생각해 보면 쉽게 납득이 갈 것이다.

7) 노호창(2018. 9.), 「육아휴직급여 신청 기간의 법적 성질」, 『노동법학』 제67호, 한국노동법학회, p.270.

휴직급여를 지급받기 위해서는 이 사건 조항에서 정한 바와 같이 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 하고, 이 기간을 경과하여 제출한 육아휴직급여 신청을 거부한 피고(행정청)의 처분이 위법하지 않다는 점을 판시하여, 이 사건 조항과 구 「고용보험법」 제107조 제1항으로 인해 빚어진 육아휴직급여 청구권의 행사기간과 관련된 행정실무 등의 혼선을 명확히 해소하였다. 그 밖에 대상 판결은 사회보장수급권이 최종적으로 수급권자에게 실현되기 위한 과정에서 각각 구분되는 권리들에 대한 행사 기간과 그 성격이 다를 수 있다는 법리를 판시하고, 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는다는 법 해석의 목표하에, 가능한 한 법률에서 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하는 법 해석의 방법에 관한 선례를 재차 확인하였다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

## 육아휴직급여 산정에서 통상임금성 판단

- 대법원 2021. 6. 3. 선고 2015두49481 판결 -

### 【판결요지】

(1) 고용보험법 제70조 제2항(이하 '이 사건 조항'이라고 한다)은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정이다.…… 원심이 이 사건 조항을 혼시규정이라고 한 부분은 적절하지 않으나, 추가 지급을 구하는 육아휴직급여청구권이 시효로 소멸하지 않았다고 판단한 결론은 정당하다.

(2) 복지포인트는 근로기준법에서 말하는 임금에 해당하지 않고, 그에 따라 통상임금에도 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

### 1. 사건개요 및 쟁점

통상임금 판단기준에 관한 장문(長文)의 법리를 제시한 2013년 대법원 전원합의체 판결<sup>1)</sup>(이하 '2013년 전합 판결') 이후에도 통상임금 관련 소송은 끊이지 않는다. 흔히 통상임금 소송이라 불리는데, 실상은 「근로기준법」(이하 '근기법') 제56조의 '가산임금' 소송이다. 가산임금 분쟁이라고 명명해주는 것이 더 정확하다. 그런데 대상판결은 가산임금이 아닌 「고용보험법」(이하 '고용보험법')상 '육아휴직급여'의 산정기초인 통상임금 분쟁이란 점이 특징이다. 육아휴직급여 산정 시의 통상임금 분쟁은 하급심 판결에서 몇 개 있었는데,<sup>2)</sup> 대법원 판결은 대상판결이 처음인 듯하다.

근로자 甲(원고)은 근로복지공단에서 근무하다가 1년 동안(2010. 11. 15.~2011. 11. 14.) 육아휴직을 하였다.<sup>3)</sup> 원고는 '중부지방고용노동청 안양지청장

1) 갑을오토텍 사건으로 널리 알려진 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

2) 서울행정법원 2014. 3. 27. 선고 2013구합21786 판결; 부산지방법원 2015. 2. 12. 선고 2014구합4497 판결. 또한 2013년 전합 판결 이전의 육아휴직급여 사례로는 서울행정법원 2013. 4. 26. 선고 2012구합29806 판결이 있다.

3) 본 사건에서 육아휴직을 사용한 원고는 2명인데, 나머지 1명의 원고에 대한 부분은 논

(피고)에게 육아휴직급여를 신청했는데, 당시의 육아휴직급여액은 ‘월 통상임금의 40%’를 매월 지급하되 그 상한액은 ‘월 100만 원’이다(예컨대, 월 통상임금이 250만 원 이상인 근로자는 상한액인 월 100만 원의 육아휴직급여를 받게 된다). 피고는 ‘원고가 받은 기본급과 자격증수당만 통상임금에 해당한다.’며, 육아휴직급여 12개월분으로 총 8,198,720원(월 평균 683,227원)을 지급하였다.

2014. 1. 3. 원고는 ‘상여금(연 600%), 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비, 복지포인트도 통상임금에 해당한다.’며 이를 기초로 재산정한 육아휴직급여와 이미 지급받은 급여와의 ‘차액’을 달라고 피고에게 신청하였다. 그러나 피고는 육아휴직급여 전액이 제대로 지급되었다며 원고의 신청을 반려하는 처분을 하였다. 원고는 이 반려처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

대상판결의 쟁점은 두 가지이다. 첫째, 원고는 육아휴직이 끝난 날로부터 약 2년 2개월이 지난 시점에 육아휴직급여 차액을 신청하였는데, 이 차액 청구권의 소멸시효가 완성되었는지 여부이다. 고용보험법 제70조 제2항의 육아휴직급여 신청 기간(육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내)과 동법 제107조 제1항의 육아휴직급여를 받을 권리의 소멸시효(3년) 중에 어떤 규정을 적용할지의 문제이다. 둘째, 육아휴직급여의 산정기초가 되는 통상임금의 범위이다. 원고가 주장한 바와 같이 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비, 복지포인트가 통상임금에 해당하는지이다.

## 2. 판결요지

첫째, 육아휴직급여 차액 청구권의 소멸시효와 관련하여, 대상판결이 참조한 기존의 판례법리는 두 가지이다. ① 고용보험법 제70조 제2항의 육아휴직급여 신청 기간은 강행규정이므로, 근로자는 육아휴직이 끝난 날부터 12개월 이내에 육아휴직급여를 신청해야 한다.<sup>4)</sup> ② 그러나 근로자가 받은 육아휴직급여가 정당한 급여액에 미치지 못하는 경우의 육아휴직급여 ‘차액’은 고

의의 편의를 위해 생략한다.

4) 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결. 이 판결에 대한 평석은 노호창(2021), 「육아휴직급여 신청 기간의 법적 성격」, 『노동리뷰』 5월호, 한국노동연구원, pp.89-96.



용보험법 제107조 제1항의 소멸시효인 3년 이내에 청구할 수 있다.<sup>5)</sup>

대상판결은 위 법리에 따라, 원고가 육아휴직이 끝난 날(2011. 11. 14.)부터 3년이 경과하기 전인 2014. 1. 3.에 이 사건 육아휴직급여 차액을 신청한 사실을 인정하고, 원고의 차액 신청에 대해서는 고용보험법 제107조 제1항의 소멸시효가 적용되므로, 원고의 신청은 정당하다고 판단하였다. 한편 대상판결의 원심<sup>6)</sup>은 제70조 제2항의 육아휴직급여 신청 기간을 훈시규정으로 잘못 파악하긴 했으나, 결론적으로 제107조 제1항의 소멸시효 3년을 적용하여 원고의 신청을 정당하다고 판단했기에, 원심이 파기되지 않는다고 판단하였다.

둘째, 통상임금 범위와 관련하여, 원심은 2013년 전합 판결의 법리에 따라 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비는 통상임금에 해당한다고 판단하였고, 대상판결도 이를 긍정하였다. 문제는 복지포인트이다. 원심은 복지포인트까지 통상임금으로 인정하였으나, 대상판결은 복지포인트의 임금성을 부정한 선례<sup>7)</sup>에 따라 복지포인트는 통상임금에 해당될 수 없다고 판단하였다.

결론적으로 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비는 통상임금으로 인정되었으므로, 원고는 육아휴직급여 차액을 추가로 받을 수 있게 되었다.

### 3. 다원적인 통상임금 판단기준

대상판결은 기존 판례법리를 충실하게 따라 판단했기에 법리적으로 문제될 것은 없으나, 한 가지 아쉬움은 남는다. “육아휴직급여 산정 시의 통상임금 판단도 2013년 전합 판결의 법리를 꼭 따라야 하는가?”라는 질문을 제기하지 못한 아쉬움이다.

통상임금이 산정기초로 사용되는 경우는 가산임금, 해고예고수당, 연차휴가수당, 출산휴가급여, 육아휴직급여 등으로 다양하다. 그런데 2013년 전합 판결의 법리를 잘 보면, 이것은 ‘가산임금’ 산정을 위한 통상임금 법리란 것을 알 수 있다. 2013년 전합 판결은 고정성을 ‘가산임금의 산정기준으로 기능’하기 위한 본질적인 성질로 보며, 근로자가 “임의의 날에 연장·야간·휴

5) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두59683 판결.

6) 서울고등법원 2015. 7. 9. 선고 2015누35415 판결.

7) 대법원 2019. 8. 22. 선고 2016다48785 전원합의체 판결.

일 근로를 제공하는 시점<sup>8)</sup>에 어떤 조건<sup>8)</sup>을 성취했는지 여부를 반복적으로 실시하고 있기 때문이다.

노사 간의 이해관계가 치열하게 대립하는 가산임금 분쟁에서 정립된, 그 복잡하기 그지없는 2013년 전합 판결의 법리를, 사회보험법 영역의 육아휴직급여를 산정하는 경우에도 그대로 적용할 필요가 있을까? 필자는 해석론적으로 ‘가산임금’ 산정 시의 통상임금과 ‘다른 수당’(해고예고수당, 연차휴가임금, 출산휴가급여, 육아휴직급여 등) 산정 시의 통상임금의 판단기준은 다를 수 있다고 생각한다. 주요 근거는 다음과 같다.<sup>9)</sup>

첫째, 애초에 통상임금은 ‘가산임금의 도구개념’으로 탄생했다(통상임금의 ‘연혁’). 1953년 제정 근기법에서 통상임금이 사용된 곳은 오로지 가산임금 뿐이었다. 그래서 통상임금은 필연적으로 시간급 환산이 필요하다(1954년 제정 근기법시행령 제24조<sup>10)</sup> 참조). 1961년 개정 근기법부터 다른 수당으로 통상임금 사용이 확대되었다. 둘째, 가산임금과 다른 수당의 기준임금은 각각 그 ‘기능’이 전혀 다르다. 가산임금의 기준임금은 사전에 확정될 필요가 있지만(이른바 ‘고정성’ 필요), 다른 수당의 기준임금에 고정성이 있어야 할 필요는 전혀 없다. 이와 같이 연혁과 기능이 전혀 다르므로, 가산임금과 다른

- 8) 근속기간, 기술, 경력, 지급일 재직, 근무일수 충족 등의 조건.
- 9) 자세한 근거는 방강수(2019), 「통상임금 법리의 이원화(二元化) -가산임금 외의 ‘다른 수당’ 산정시의 통상임금 법리」, 『법학논총』, 36(4), 한양대학교 법학연구소, pp.261~298 참조.
- 10) 제24조 법 제46조의 규정에 의한 통상임금이라 함은 다음 각호에 의하여 산정한 것을 말한다.
  1. 시급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액
  2. 일급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 1일의 소정 근로시간수로써 제한 금액
  3. 주급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 주의 소정 근로시간수로써 제한 금액
  4. 월급으로써 정하여진 임금에 대하여는 그 금액을 월의 소정 근로시간수로써 제한 금액
  5. 월, 주 이외의 일정한 기간으로써 정하여진 임금에 대하여는 전각호에 준하여 산정된 금액
  6. 도급제에 의하여 정하여진 임금에 대하여는 그 임금 산정기간에 있어서 도급제에 의하여 계산된 임금의 총액을 당해 임금 산정기간(賃金磨勘日이 있는 境遇에는 賃金磨勘期間. 以下 같다)의 총근로시간수로써 제한 금액
  7. 근로자가 받는 임금이 전각호의 2이상의 임금으로써 되어 있는 경우에는 그 부분에 대하여 전각호에 의하여 각각 산정된 금액의 합산액



수당의 통상임금을 동일한 기준에 따라 판단할 필요는 없다.

따라서 다른 수당에서 통상임금성을 판단할 때에는 2013년 전합 판결의 고정성 법리를 따를 필요가 없다. 간단명료하게, 통상임금이 아닌 것이 명백한 임금(연장·휴일근로수당 등)을 제외하고, ‘소정근로에 대하여 지급하기로 정한’ 모든 임금을 통상임금으로 넓게 인정해야 할 것이다. 특히나 대상 판결 사안과 같은 육아휴직급여 산정 시에는 더욱더 간명할수록 좋다.

본 사건은 원고가 12개월분의 육아휴직급여로 총 8,198,720원(월 평균 683,227원)을 받았다가, 상여금 등의 통상임금성을 주장하며 육아휴직급여 차액을 청구한 것이다. 당시 육아휴직급여 상한액은 월 100만 원(12개월분 1,200만 원)이므로, 원고가 청구 가능한 차액의 최대치는 3,801,280원이다. 400만 원도 채 안 되는 청구 금액이다. 원고가 육아휴직급여를 신청하여 받은 것은 2010~11년이다. 2021년의 대상판결까지, 잘못 산정된 육아휴직급여를 시정하기까지 10여 년의 시간이 걸린 셈이다. ‘소모적 분쟁’이라고 생각한다.

이런 상황은 고용노동부(이하 ‘노동부’) 지침에서 비롯된다. 노동부의 「통상임금 산정지침」<sup>11)</sup>은 근기법 시행령 제6조의 통상임금의 개념과 범위를, 근기법을 비롯한 노동관계법령상의 통상임금에 일관성 있게 적용하는 것을 목적으로 한다(지침 제1조). 이 때문에 노동실무에서는 일원화(一元化) 관점으로 통상임금을 파악하고 있다. 이 지침이 있는 한 통상임금의 다원적 해석은 어려울 것이다. 국가가 지급하는 사회보험급여에서 2013년 전합 판결의 그 복잡한 법리를 적용하는 것은 소모적 논쟁이라는 점에서, 노동부 지침부터 다원적 관점으로 변경하는 것이 시급하다.

가산임금, 해고예고수당, 연차휴가임금, 출산휴가급여, 육아휴직급여 등의 기준임금(통상임금)은 각각의 ‘기능’에 따라 충분히 달리 해석될 수 있다. 다른 예로, 노동법에서 가장 기본이면서 중요한 개념인 ‘근로자’의 판단기준도 법률이나 조문마다 달리 해석하고 있다. 최근 서울고등법원은 근기법상 근로자와 산재보험법상 근로자의 판단기준은 다르다고 했으며,<sup>12)</sup> 나아가 연구자들 중에도 조문마다 근로자성을 달리 판단해야 한다는 해석론을 펼치고

11) 고용노동부 예규 제47호, 2012. 9. 25, 일부개정. 이 지침은 1988. 1. 14. 노동부 예규 제 150호로 제정된 이래 수차례 개정되었다.

12) 서울고등법원 2020. 9. 18. 선고 2019나2022249 판결.



있다.<sup>13)</sup> 마찬가지로 통상임금도 충분히 다원적으로 해석할 수 있고, 또 그래야 할 필요성도 크다.

2013년 전합 판결의 복잡한 법리를 벗어나서 보면, 원고가 지급받은 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비는 모두 ‘소정근로에 대하여 지급하기로 정한’ 임금이다. 즉, 연장근로 등을 하지 않더라도 그냥 1주 40시간의 소정근로만 제공하면 지급되는 임금이다. 만약에 다원적 관점의 노동부 지침이 있었다면, 그래서 가산임금이 아닌 ‘다른 수당’에서는 통상임금을 이처럼 간명하게 판단할 수 있었다면, 400만 원도 채 안 되는 육아휴직급여 차액을 청구하여 받기까지 10여 년이 걸리는 일은 없었을 것이다.

2013년 전합 판결의 복잡한 법리를 가산임금 외의 다른 수당에도 일원화하여 적용하는 것은, 법적 안정성이나 예측 가능성 측면에서 모두 문제가 많다. 가산임금 분쟁은 그렇다 치더라도, 다른 수당에서만만큼은 아주 간명한 기준으로 통상임금성을 판단해야 할 것이다. 그리고 다른 수당에서는 가산임금만큼 노사 간의 이해대립이 심하지도 않다. 다원적 관점의 ‘통상임금 산정 지침’을 새로 만들더라도 노사의 반발은 크지 않을 것이다.

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

13) ① 유성재 교수는 근기법의 각 규정에서의 근로자 개념은 해당 규정의 목적에 따라 달리 형성될 수 있다고 한다(유성재(2019), 『제2장. 목적론적 접근』, 박제성 외, 『자영업자 사회법제 연구』, 한국노동연구원, p.111). ② 박제성 박사는 안전과 보건에 관한 근기법 제76조의 근로자는 특수고용종사자를 포함하는 넓은 개념으로 해석할 수 있다고 한다(박제성(2020), 『당장의 실천을 위한 몇 가지 방안』, 『전태일 50주기 토론회: 자기 땅에서 소외된 노동자들 - 노동법의 보편적용을 위하여』, 한국노동연구원, pp.26-27). ③ 고수현 박사는 근기법상 근로자를 세 가지로 구분하여 해석하는 ‘다원적 근로자 개념’을 제시하고 있다(고수현(2021), 『프랜차이즈 가맹점주의 근로자성』, 한양대학교 박사학위논문, pp.147-196).

## 업무와 재해 사이 상당인과관계의 증명책임 귀속

- 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결 -

### 【판결요지】

이 사건 조항에서<sup>1)</sup> 말하는 업무상의 재해에 해당하기 위해서는 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하고 이는 보험급여의 지급요건으로서 이를 주장하는 근로자 측에서 증명하여야 한다고 볼 수 있다. 이 사건 조항은 본문에서 업무상의 재해의 적극적 인정 요건으로 인과관계를 규정하고 단서에서 그 인과관계가 상당인과관계를 의미하는 것으로 규정함으로써, 전체로서 업무상의 재해를 인정하기 위해서는 상당인과관계를 필요로 함을 명시하고 있을 뿐, 상당인과관계의 증명책임을 전환하여 그 부존재에 관한 증명책임을 공단에게 분배하는 규정으로 해석되지 아니한다.

### 1. 사실관계

원고의 아들 소외인(이하 ‘망인’이라 함)은 2014. 4. 19. 출근 후 동료 직원과 함께 약 10분 동안 약 5kg의 상자 80개를 한 번에 2~3개씩 화물차에 싣는 일을 한 후 사무실로 돌아가다가 갑자기 쓰러져 병원으로 옮겨졌으나 ‘박리성 대동맥류 파열에 의한 심장탐포네이드’(이하 ‘이 사건 상병’이라 함)로 사망하였다.

원고는 2014. 7. 1. 피고인 근로복지공단에 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’이라 함) 상의 유족급여 및 장의비 지급을 구하였으나, 피고는 2014. 9. 22. ‘망인의 사망원인인 이 사건 상병과 업무 사이의 상당인과관계를 인정하기 어려워 업무상 질병으로 인정되지 않는다.’는 이유로 유족급여 및 장의비 부지급처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 함)을 하였다.

1) 「산업재해보상보험법」 제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

이에 원고는 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 제1심 판결은<sup>2)</sup> 원고의 손을 들어 줘 이 사건 상병의 업무상 재해를 인정하였으나, 원심 판결은<sup>3)</sup> 근로자의 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다는 확립된 대법원 판례<sup>4)</sup> 법리를 전제한 다음, 원고가 들고 있는 사정만으로는 망인의 업무와 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 수 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다. 그리고 원고는 다시 불복하여 대법원에 상고하였다.

## 2. 기존의 견해

결론적으로 대법원은 원고 패소 판결을 하며 기존의 대법원 판례 법리를 재확인하였다. 그러나 그 과정에서 결론을 유지한 다수의견과 판례 변경을 시도한 반대의견 사이에 치열한 법리 해석과 논쟁이 벌어졌고, 여기서 산재보험법의 연혁과 사회적 의의, 그리고 법률의 여러 해석 방법을 다시금 생각하게 한다.

업무상 재해의 증명책임을 완화 또는 전환하지는 논의는 오래전부터 있었다. 피해 근로자 측이 업무와 재해 간의 상당인과관계를 증명하는 것은 증거채집의 어려움 등 현실적으로 곤란했을 뿐만 아니라, 특히 업무상 질병의 경우 발병 과정이 장시간에 걸쳐 이루어지고 질병의 원인이 불명인 경우가 많아 상당인과관계를 증명하는 것이 어려웠다. 이에 우리 대법원은 증명책임을 완화하여 “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 판단되는 경우에도 그 입증이 있다고 보아야 하므로, 재해 발생 원인에 관한 직접적인 증거가 없는 경우라도 간접적인 사실관계 등에 의거하여 경험법칙상 가장 합리적인 설명이 가능한 추론에 의하여 업무기인성을 추정할 수 있는 경우에는 업무상 재해라고 보아야” 한다고 판시하였다.<sup>5)</sup>

2) 서울행정법원 2016. 7. 21. 선고 2015구합61313 판결.

3) 서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016누59982 판결.

4) 대법원 1989. 7. 25. 선고 88누10947 판결, 대법원 2000. 5. 12. 선고 99두11424 판결, 대법원 2007. 4. 12. 선고 2006두4912 판결 등 참조.



학설은 입법론으로서 증명책임의 전환을 논의하는 것 외에 현행 법률의 해석론으로 증명책임을 완화하거나 전환하는 시도가 있다. 전자는 판례의 태도를 개연성설 또는 간접반증 이론으로 보아 증명책임을 완화하려 하고, 후자는 이 사건 조항 제37조 제1항을 법률요건분류설에 따라 본문은 원고인 근로자 측이 증명하면 이에 대해 법률 효과를 부정하는 단서는 피고인 근로복지공단이 증명하여야 한다는 주장과 근로복지공단을 상대로 하는 산재 소송은 항고소송이므로 일반 민사소송과는 다른 관점에서 보아 취소 소송에서는 행정청이 처분의 적법성에 대한 증명책임을 져야 한다는 견해가 있다.<sup>6)</sup>

### 3. 대법원 다수의견의 견해

이러한 논의가 진전되던 중 대법원은 전원합의체인 본 판결로 상당인과관계의 증명책임이 누구에게 있는가를 확정 지었다. 기존의 판례를 유지한 다수의견(9인)은 문언·연혁·체계적 해석론을 펼친다.

먼저 문리적 해석으로 위의 법률요건분류설을 살피는데 “본문과 단서에 규정된 사항이 내용적으로 중첩되는 경우에게까지 이를 기계적으로 적용할 것은 아니”며 이 사건 조항의 단서 부분은 본문에서 이미 규정하고 있는 “업무상 재해의 인정 요건인 인과관계가 대법원 판례에서 말하는 법적·규범적 관점의 상당인과관계를 의미한다는 점을 확인·설명하는 취지로 봄이 상당”하다는 것이다. 즉, 이 사건 조항의 단서는 본문을 다시 한 번 확인하는 규정일 뿐 본문의 효력 발생을 저지하려는 내용이 아니라는 것이다.

그다음 연혁적 해석으로, 정부의 개정안이나 환경노동위원장의 대안 모두 증명책임의 전환을 피하지 않았고, 법제사법위원회의 자구 수정도 “다른 항목들에는 상당인과관계를 요하지 않는 것으로 오인될 우려를 방지하고 (...중략...) 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 필요하다는 공통원칙을 분명하게 하려는 데 있었다.”고 한다.

마지막 체계적 해석으로는 산재보험법과 「근로기준법」상 사용자의 재해

5) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두3821 판결 등.

6) 항고소송의 특징으로 증명책임을 전환하자는 견해에 대해서는 권오성(2021), 「업무상 재해의 상당인과관계에 관한 증명책임 재검토」, 『노동법연구』, 50, 서울대 노동법연구회, p.192.

보상책임과의 관계를 보면 “보험급여 지급 요건인 ‘업무상 재해’를 인정하기 위해서 업무와 재해 사이에 상당인과관계를 요구하는 것은 해당 재해를 사업주의 책임 영역으로 합리적으로 귀속시키기 위한 것으로서, 원칙적으로 그 보험급여의 지급을 주장하는 측이 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 부담하는 것으로 해석하는 것이 전반적인 보상체계에 부합한다.”고 한다.

#### 4. 대법원 반대의견의 소수 견해

다수의견의 견해에 대해 반대의견(대법관 김재형·박정화·김신수·이홍구)은 문언·연혁·체계·목적론적 해석을 기반으로 다음과 같이 증명책임의 전환을 주장한다.

문언 해석으로는 법률요건구분설은 법률해석의 원칙으로서 이를 근거로 원고인 근로자 측은 업무와 재해 사이의 관련성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명하면 ‘업무상 재해’로 간주되는 법률효과가 발생하고, 피고인 근로복지공단이 단서가 정한 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없다는 사정을 주장·증명해야 한다는 것이다.

연혁적 해석으로는 입법 당시 국회 법제사법위원회의 체계·자구검토보고서의 수정 이유에 “업무상 재해의 인정기준에 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 것을 ‘공단이 증명하는 경우’에는 업무상 재해로 볼 수 없도록 하여 업무상 재해의 판단에 상당인과관계를 필요로 한다는 것을 일반인이 보다 분명히 알 수 있도록 한다는 것”이 기록되었다는 점이다.

체계적 해석으로는 산재보험법상 진폐에 대한 업무상 재해의 인정기준에 관한 근거 조항인 산재보험법 제91조의2나 제91조의10은 이 사건 조항과 달리 본문과 단서의 형식으로 되어 있지 않아 논리적으로 진폐와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 이 사건 조항과 동일하게 해석할 필요가 없다는 것이다. 산재보험법 제51조 제1항에서 규정하는 재요양 인정의 요건 또한 마찬가지로 본문과 단서의 형식으로 되어 있지 않다고 한다.

마지막으로 목적론적 해석으로는 “산업현장에서 근로에 종사하는 사람을 보호하기 위해서 제정된 법률”이 산재보험법이며, “업무상 재해 인정의 핵심



적인 요건이 되는 상당인과관계의 증명책임을 일방적, 전적으로 근로자에게만 부담시키는 것은 근로자를 보호하기 위한 사회보장제도인 산재보험제도의 입법목적, 이를 달성하기 위한 공단의 설립 취지, 공단에 특별히 재해조사권한을 부여한 취지에 맞지 않는다.”고 판시한다.

## 5. 다수의견에 대한 보충의견(대법관 이기택·노정희·노태악)

다수의견의 보충의견은 위의 반대의견을 다시 재 논박한다. 먼저 법률요건분류설에 따르면 단서에서 본문의 효력을 저지하기 위한 별개의 양립 가능한 사실인 권리발생장애사실, 권리멸각사실, 권리행사저지사실에 관하여 각각 규정하고 있어야 하는데 이 사건 조항은 그렇지 않고 그 전체가 일체로서 업무상 재해의 인정기준을 제시하고 있다는 것이다.

그리고 반대의견은 “이 사건 조항 본문의 ‘업무상 재해’의 인정 요건 중 본문 각호의 각목에서 정한 업무관련성이나 인과관계에 대해서는 이를 주장하는 당사자가 증명하여야 한다고 하면서도, 이 사건 조항에서 규정한 상당인과관계가 존재하지 않는다는 점은 공단이 증명”하여야 한다는 것이다. 그러나 앞의 인과관계는 피해 근로자 측이 증명하고, 뒤의 상당인과관계는 근로복지공단이 증명하여야 한다는 것은 앞의 인과관계와 뒤의 상당인과관계가 별개라는 것인데, 이 사건 조항은 반대의견이 실시하는 바와 같이 조건적 인과관계와 상당인과관계로 구분됨을 전제로 하는 것이 아니라고 한다.

또 다른 보충의견으로는 법해석의 원칙과 한계를 내세우는데, “법령의 문언 자체가 비교적 명확하게 규정되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다.”는 것이다. 그리고 “법률 조항의 내용과 구조, 법적 성격을 도외시한 채 본문, 단서의 형식만으로 이른바 법률요건분류설을 도식적으로 적용하는 것이 보편적인 해석방법이라고 보기” 어렵다고 한다.

연혁적 해석으로도 개정 법률의 개정 이유에는 포괄위임 등의 논란을 해소하기 위함이라고 명시되어 있을 뿐 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 분배나 전환에 대한 내용은 나와 있지 않다고 한다.

## 6. 반대의견에 대한 보충의견(대법관 김선수·이흥구)

반대의견에 대한 보충의견은 “다수의견과 반대의견은 같은 해석 방법을 사용하면서도 다른 결론을 도출하였다.”고 하며, 이는 결국 사회보장제도인 산재보험제도에 대한 이해와 법원의 역할에 대한 근본적인 관점의 차이로 귀결된다고 한다. 즉, 다수의견은 “산재보험제도의 인정 범위에 대해 소극적인 태도를 취하고, 법원의 역할에 대해서도 법적 안정성에 주안점”을 두지만, 반대의견은 “산재보험제도의 인정 범위에 대해 적극적으로 접근하고, 법원이 법령을 해석·적용할 때 그 규범적인 목적에 부합하도록 적극적인 역할을 하여야 한다.”는 관점이라는 것이다.

문언 해석으로 볼 때 이 사건 조항의 “본문에서는 업무상 재해 인정을 위해 업무관련성을 요건으로 규정하고 있을 뿐이고, 이는 단서에서 규정하는 상당인과관계, 즉 법적·규범적 관점에서 보다 엄격한 인과관계와 충분히 구분할 수 있는 개념”이라는 것이다. 그리고 만일 다수의견처럼 단서 규정이 본문의 업무관련성이 상당인과관계라는 점을 확인·설명하려는 것으로 본다면, 이 사건 조항이 본문과 단서의 형식을 취할 필요 없이 하나의 문장 형식으로 규정되었을 것이라는 점을 강조한다.

이상 대법원의 다수의견과 반대의견, 그리고 각각 재 논박을 하는 보충의견들을 살펴보았다. 56면에 달하는 판결문을 단지 몇 면으로 축약하는 것은 논리의 비약을 불러올 우려가 있어 조심스럽다. 확실한 것은 모두가 날카로운 법리와 관점을 가지고 해석론을 펼쳐 누구의 우위라고 볼 수 없다는 점이다. 그러나 사건으로 반대의견의 견해에 찬성하면서 문언 해석과 목적론적 해석에 내용을 보태자면 다음과 같다.

문언 해석에 있어 이 사건 조항인 산재보험법 제37조 제1항의 본문과 단서의 인과관계가 동일한 것이냐에 대해 다수의견은 동일하다고 하며, 반대의견은 완화된 인과관계와 엄격한 인과관계라는 2분설을 주장한다. 살펴건대, 제1항 본문은 “근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다.”로 되어 있고 핵심은 ‘사유’라는 문언이다. 그런데 사유 앞에 다음 각 호를 살펴볼 필



요가 있다. 다음 각 호의 내용이 어떤 원인을 직접적으로 나타낸다면 여기서의 ‘사유’는 엄격한 상당인과관계를 말하는 것이라 할 수 있다. 그러나 각 호의 각 목은 사고 또는 질병의 ‘외형’을 표현한 것이다. 가령, “사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고”(제1호 나목)는 어떤 원인을 나타낸 것이 아닌 외형을 표현한 것으로 나목에 해당하면 무조건 상당인과관계가 인정되는 것은 아니고 일응 추정될 뿐이라고 보아야 한다. -사업주가 제공한 시설물이더라도 근로자 측의 전속적 관리일 때는 우리 대법원은 업무상 사고를 인정하지 않는다. - 따라서 각 호의 각 목은 ‘업무관련성’을 의미할 뿐 직접적인 상당인과관계를 규정한 것이라 할 수 없다. 그러므로 ‘사유’ 또한 ‘업무관련성’을 이유로 한 것이라고 넓게 해석되어야 한다.

두 번째 목적론적 해석의 관점에서 보았을 때 법해석의 궁극적인 방법은 문언을 바탕으로 하되 그 한계 내에서 최대한 입법목적에 맞추어 그 취지를 살리는 것이라 생각한다. 산재보험법의 입법목적으로 제1조는 “업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상”한다는 것이다. 무엇이 공정인가를 생각해 본다면 피해 근로자가 오롯이 모든 인과관계를 증명해야 하는 것은 아닐 것이다. 따라서 다수의견의 법리와 반대의견의 법리가 모두 문언 해석의 한계에 벗어나지 않는다면 입법목적에 보다 충실한 견해를 채택하여야 한다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)



## 안전보건조치의무의 해석 방식

- 대법원 2021. 9. 30. 선고 2020도3996 판결<sup>1)</sup> -

### 【판결요지】

산업안전보건법에서 정한 안전보건조치 의무를 위반하였는지는 산업안전보건법 및 같은 법 시행규칙에 근거한 「산업안전보건기준에 관한 규칙」의 개별 조항에서 정한 의무의 내용과 해당 산업현장의 특성 등을 토대로 산업안전보건법의 입법목적, 관련 규정이 사업주에게 안전보건조치를 부과한 구체적인 취지, 사업장의 규모와 해당 사업장에서 이루어지는 작업의 성격 및 이에 내재하여 있거나 합리적으로 예상되는 안전보건상 위험의 내용, 산업재해의 발생 빈도, 안전보건조치에 필요한 기술 수준 등을 구체적으로 살펴 규범 목적에 부합하도록 객관적으로 판단하여야 한다. 나아가 해당 안전보건규칙과 관련한 일정한 조치가 있었다고 하더라도 해당 산업현장의 구체적 실태에 비추어 예상 가능한 산업재해를 예방할 수 있을 정도의 실질적인 안전조치에 이르지 못하면 안전보건규칙을 준수하였다고 볼 수 없다. 특히 해당 산업현장에서 동종의 산업재해가 이미 발생하였던 경우에는 사업주가 충분한 보완대책을 세움으로써 산업재해의 재발 방지를 위해 안전보건규칙에서 정하는 각종 예방 조치를 성실히 이행하였는지 엄격하게 판단하여야 한다.

대상판결은 노동절인 2017. 5. 1. 발생한 S중공업 거제조선소의 중대재해를 다루고 있다. S중공업 거제조선소는 해상구조물의 일부인 ‘마팅링게 프로세스 모듈’을 제작하고 있었다. 모듈의 제작에서는 이동식 대형 골리앗 크레인 과 고정식 소형 지브크레인을 사용하였다. S중공업 거제조선소의 현장 반장은 2017. 5. 1. 오후 2시 30분경 애초 오후 5시로 예정되었던 엘리베이터 운반 작업을 하고자 골리앗 크레인을 이동시켰다. 그 과정에서 골리앗 크레인의 이동을 명확히 인지하지 못했던 협력업체 근로자들이 운영하던 지브크레인이 골리앗 크레인과 충돌하여 쓰러지면서 흡연실과 화장실을 덮쳤다. 이 사

1) 관여 법관: 대법관 민유숙(재판장), 조재연, 이동원, 천대엽(주심).

고로 여러 협력업체 소속 근로자 6명이 사망하고 25명이 중상해를 입었다.

검사는 S중공업과 협력업체를 산업안전보건법위반죄로 기소하면서 위반 행위자로 S중공업은 조선소 소장을 특정하고, 협력업체는 대표이사를 특정하였다. 그러나 제1심은 2015년 S전자 불산누출 사고 판결(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결)의 취지에 따라 위 사람들은 안전조치에 관한 구체적·직접적 의무를 부담하지 않으므로 무죄라고 판단하였고, 항소심 법원은 위 2018년 판결을 언급하지 않고 대상판결에서 대법원이 유죄로 인정한 안전보건조치의무를 피고인이 위반한 사실이 없다고 보아 무죄판결을 선고하였다.

그러나 대법원의 판단은 달랐다. 원심이 인정하지 않았던 세 가지 안전보건조치의무를 인정하였는데 그것은 「산업안전보건기준에 관한 규칙」(이하 ‘안전보건규칙’) 제38조 제1항 제11호 및 별표 제4호(①번 의무), 제40조 제1항 제1호(②번 의무), 제14조 제2항(③번 의무)이다. 세 가지 의무를 정리하면 ①번 의무는 ‘중량물의 취급 작업’을 하는 경우 근로자의 위험을 방지하기 위하여 ‘추락위험, 낙하위험, 전도위험, 협착위험, 붕괴위험’을 예방할 수 있는 안전대책을 포함한 작업계획서를 작성하고 그 계획에 따라 작업을 하도록 하여야 한다는 의무이고, ②번 의무는 크레인 등 양중기를 사용하는 작업을 하는 경우 발생할 수 있는 위험을 방지할 수 있도록 일정한 신호 방법을 정하여 신호하여야 할 의무이며, ③번 의무는 물체가 떨어지거나 날아올 위험이 있는 경우, 위험을 방지하기 위하여 출입금지구역의 설정 등 필요한 조치를 하여야 할 의무이다. 원심법원은 세 가지 의무가 조선소에서 크레인이 충돌할 때도 적용된다는 명확한 규정이 아니라는 취지의 판단을 하였다.

이런 명확성 논쟁에 대하여 대법원은 다음과 같은 해석론을 전개하였다. “이 사건 산업현장은 수많은 근로자가 동시에 투입되고, 다수의 대형 장비가 수시로 이동 작업을 수행하며 육중한 철골 구조물이 블록을 형성하여 전체에 조립되는 공정이 필수적이어서 대형 크레인이 상시적으로 이용되고, 사업장 내 크레인 간 충돌 사고를 포함하여 과거 여러 차례 다양한 산업재해가 발생한 전력이 있는 대규모 조선소이다. 이러한 사업장의 특성을 토대로 산업안전보건법과 시행규칙 및 개별 안전보건규칙에서 정한 의무의 내용과 취지 등을 살펴보면, 사업주인 S중공업과 조선소장에게는 해당 규정에 따라 크레인 간 충돌로 인한 산업안전사고 예방에 합리적으로 필요한 정도의 안

전조치 의무가 부과되어 있다고 해석된다.”

대법원의 논증을 거칠게 요약하면 성실한 사업주라면 자신이 운영하는 사업의 특성을 구체적으로 고려하여 안전보건규칙의 내용을 실질적으로 실현하는 안전보건대책을 세우고 실행하라는 것이다. 조선소는 대표적인 중대재해 발생 사업장이고, 피고인 S중공업이 운영하는 조선소 내에서도 과거 다양한 산업재해가 발생한 전례가 있으므로 시시콜콜 안전보건규칙의 형식적 문리해석을 하며 안전보건조치의무가 없다고 따질 것이 아니라 산업재해를 줄이려는 적극적 조치를 취하여야 한다는 것이다. 그리하여 대법원은 다음과 같이 형식은 평이하지만 그 내용은 준엄한 문장으로 결론을 내린다. “안전보건규칙에서 정하는 각종 예방 조치를 성실히 이행하였는지 엄격하게 판단하여야 한다.”

대상판결은 그간 산업안전보건법을 적용하면서 안전보건규칙의 형식적 문언에 집착하여 조금이라도 벗어날 구석이 있으면 이를 확대해석하여 범죄혐의로부터 달아나려는 변론전략에 대한 엄중한 신호를 담고 있다. 산업안전보건법위반죄는 그 성질상 형사 범죄이므로 형사법의 대원칙인 죄형법정주의, 특히 명확성의 원칙이 적용되는 것은 맞다. 그러나 빠르게 변화하는 사업장의 작업 방식과 그에 대응하는 안전 기술을 법령에 바로바로 성문화하는 것에는 한계가 있다. 이런 과학기술법이자 행정규제법 영역에서는 무엇보다 수범자의 신의와 성실에 바탕을 둔 법령 준수 의지가 필요하다. 웬만한 아파트 한 동보다 더 거대한 대형 크레인이 충돌할 때 생길 수 있는 사고를 예방하려는 조치는 조선소를 운영하는 사업주라면 당연히 고려하여야 할 사항이다. 법령에 그 규정이 없다거나 혹은 있더라도 미세하게 불충분하다는 이유를 들어 해당 법령을 이행하지 않아도 위법은 아니라는 식의 태도를 누가 두둔하겠는가? 대상판결은 이런 면에서 향후 산업안전보건법령을 해석하는 방향에 대한 중요한 지침이 된다. 다만, 필자는 한 가지 의문이 여전히 든다. S전자 불산누출 사고를 다룬 2018년 대법원 판례는 돌출 판결이었던가? 왜냐하면 이후 동종 사건에서 2018년 대법원 판례는 선례로서 더는 언급되지 않으며 그 이전 판례를 살려내어(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009도11906 판결 등) 조선소장 등 상위관리자 혹은 임원의 죄책을 판단하면서 주관적 요건은 미필적 고의로 족하다는 판단을 이어가고 있기 때문이다(대표적으로 H반도체 회사 판결, 대법원 2021. 3. 11. 선고 2018도10353 판결). 재판



도 사람이 하는 일이라 의외의 부분이 없을 수 없지만 그런 돌출 판결은 사업주와 감독행정을 하는 행정부에 엄청난 부정적 영향을 준다. 약 3년 사이에 대법원 판단이 법리구성과 산업안전보건 형사정책 측면에서 긍정적으로 바뀌었다고 정리하면 너무 성급한 평가일까?

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

## 근로자의 업무상 스트레스 자살과 사용자의 배상 책임

- 서울동부지방법원 2020. 12. 24. 선고 2018가단132951 판결 -

### 【판결요지】

사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있고, 이와 같이 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적인 의무로서 근로자에 대한 보호의무를 부담하는 사용자에게 근로자가 입은 신체상의 재해에 대하여 민법 제750조 소정의 불법행위책임을 지우기 위해서는 사용자에게 당해 근로로 인하여 근로자의 신체상의 재해가 발생할 수 있음을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 그 회피를 위한 별다른 안전조치를 취하지 않은 과실이 있음이 인정되어야 하고, 위와 같은 과실의 존재는 손해배상을 청구하는 근로자에게 그 입증책임이 있다.

망인은 대형종합병원에 2017. 8. 18. 입사하여 간호사로 근무하던 사람으로 11주간의 프리셉터 교육(일종의 도제식 교육)을 마친 후 2017. 9. 4.부터 중환자실에서 근무하였다. 프리셉터 교육은 원래 10주였으나 망인은 업무적응도 평가에서 ‘미흡’으로 나와 1주일 더 교육을 받아야 했다. 2018. 2. 13. 망인이 환자의 체위를 변경하던 중 환자의 담즙배액관이 찢어지는 일이 발생했고, 2018. 2. 15. 망인은 이에 대한 부담감을 이기지 못해 자살하였다. 망인의 유족인 원고는 근로복지공단에 유족급여 및 장의비를 청구하였고, 근로복지공단은 망인의 사망이 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’이라 함) 제37조 제2항에<sup>1)</sup> 따른 업무상 사유에 의한 사망으로 인정된다고 판단하

1) 산재보험법 제37조 제2항은 아래와 같으며 정확히는 단서를 적용한 것이다. “근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다. 다만, 그 부상·질병·장해 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 낮아진 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 업무상의 재해로 본다.”



였다. 그 후 유족인 원고는 망인의 사용자인 병원을 상대로 망인과 자신의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

서울동부지방법원(이하 ‘법원’이라 함)은 피고 사용자 병원의 책임을 40%로 제한하고, 근로복지공단의 유족보상일시금을 공제하는 등 원고인 유족이 청구한 손해배상액을 감액하였으나, 원고의 청구 취지를 받아들여 피고 사용자 병원의 손해배상을 인정하였다.

법원은 그러한 이유로 먼저 사용자의 근로자에 대한 안전배려의무를 판결요지와 같이 설명한다. 즉, 사용자는 근로계약에 수반하는 신의칙상 부수적 주의의무로 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등의 보호의무를 부담하고, 이러한 보호의무를 위반하여 근로자가 손해를 입은 경우에는 이를 배상할 책임이 있고(대법원 1999. 2. 23. 선고 97다12082 판결 등), 이러한 불법행위를 사용자가 부담하려면 사용자는 당해 근로로 인하여 근로자에게 신체상의 재해가 발생할 수 있음을 알았거나 알 수 있었지만 그 회피를 위한 별다른 안전조치를 취하지 않은 과실이 인정되어야 한다. 그리고 그 과실의 존재는 근로자 측에게 입증책임이 있다는 것이다(대법원 2000. 3. 10. 선고 99다60115 판결 등).

이런 법리를 바탕으로 법원은 사용자인 병원이 근로자 망인에게 당해 근로로 인해 업무상의 재해(여기서는 자살)가 발생할 수 있음을 알았거나 알 수 있었는지를 사실관계에서 판단한다. 사실관계를 보면 ① 망인이 근무한 중환자실은 일반 병동과 달리 업무의 정확도와 긴장도가 높지만, 망인은 신입 간호사로서 프리셉터 기간을 거쳤다 하더라도 독립적으로 환자를 담당한 경험이 길지 않고 업무가 미숙하여 중환자실을 담당하는 것이 과도한 부담이 될 것을 예상할 수 있었고, ② 실제로 망인은 업무 스트레스와 업무 부담에 관하여 고민을 토로하였으며 수간호사의 평가 역시 걱정과 불안이 많아 업무진행에 어려움이 많다고 하였다. 그리고 ③ 망인의 동료 간호사 역시 “원래 이랬으니 버텨야 한다가 아니라 일하고 싶은 근무환경을 만들어 주어야 한다. 담당 환자 수를 줄이고 여태껏 당연하게 여겨왔던 가르침의 방식도 서로를 이해하는 방향으로 발전해야 한다.”라고 진술하였다. 또한, ④ 3교대 근무가 간호사들의 통상적이고 일상적인 근무 형태였다 하더라도 야간 근무 등 교대근무가 지속되면서 불규칙적인 주간 근무와 야간 수면을 통한 피로해소가 어려워 스트레스를 견디는 능력이 상당 부분 감소될 여지가 있었다.

실제로 ⑤ 망인은 자살 직전 약 10kg 정도 체중이 감소하였고, 2017. 12.경부터 자신감 저하와 밤에 잠을 잘 자지 못하며 위축되고 불안한 증세를 보였다고 동료들이 진술하였다.

이러한 사실관계를 종합하여 법원은 망인이 병원 업무로 극심한 과로 및 정신적 스트레스 상태에 장시간 노출되고 “적절한 방식의 관리 및 지도를 통하여 업무처리가 개선될 수 있도록 배려하는 피고 병원의 제도적 뒷받침이나 관리, 보호, 조치가 부재한 상태에서 업무상 과로와 스트레스로 말미암아 우울증 등의 발병이 촉진됨으로써 자살에 이르게 되었다고 봄이 상당하다.”고 판시하였다. “피고 병원으로서는 망인이 업무를 정상적으로 할 수 있는 상태인지를 확인하고 업무 부담을 조정하는 등의 조치를 취하였어야” 했는데 그러지 아니한 과실을 인정한 것이다.

본 판결을 논하기 전에 먼저 살펴볼 것은 업무상 스트레스로 인한 자살이 업무상 재해가 될 수 있는가이다. 산재보험법 제37조 제2항 본문은 근로자의 자해행위로 부상·질병·장해 또는 사망에 이르게 된 때에는 업무상 재해로 보지 않는다고 규정한다. 근로자의 자의가 업무와 재해 간의 인과관계를 끊어버리는 것이다. 즉, 자살의 경우 사망이란 결과는 근로자 본인의 의지에 따른 결과이지 업무가 원인이 아니라는 것이다. 그러나 제37조 제2항 단서는 끊어져버린 인과관계를 부활시킨다. 바로 “그 부상·질병·장해 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 낮아진 상태에서 한 행위”로서 대통령이 정하는 사유가 해당한다면 업무상 재해로 본다는 것이다.<sup>2)</sup> 따라서 망인이 정상적 인식능력이 뚜렷이 저하된 상태, 즉 정신적 이상 상태에 빠져 있다면 업무상 스트레스로 인한 자살은 업무상 재해가 된다. 법원은 사실관계에서 망인이 정상적 인식능력이 뚜렷이 저하된 상태였다는 것을 밝혀내기 위해 관련 사실을 나열한 것이다.

2) 대통령령으로 정한 사유는 시행령 제36조 제1호 내지 제3호로서 다음과 같다.

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 상당인과 관계가 인정되는 경우

본 사안의 경우 제3호에 해당한다. 참고로 제3호는 2020. 1. 7. 개정된 것으로 그전에는 상당인과관계가 아닌 ‘의학적 인과관계’를 명문으로 규정하고 있어 비판의 대상이 되었다.



본 판결의 의의는 근로자의 생명과 신체에 대한 사용자의 안전배려의무를 재확인하였다는 것을 넘어서 그 보호 의무의 영역을 물리적 환경에서 정신적 환경에까지 확대하였다는 점에서 의의가 있다. 과거 업무상 재해의 주된 형태가 물리적 환경에서 나온 업무상 사고 또는 직업병이었기 때문에 사용자의 안전배려의무는 물리적 환경을 정비하는 것이었다. 판례에서 인용한 과거 대법원의 판시에서 ‘물적 환경’이 나온 것도 이러한 이유이다. 그러나 현재 업무상의 사유로 인한 정신질환 역시 업무상 재해로 인정받고 있는 때 사용자의 안전배려의무를 ‘물적 환경’에만 국한한다는 것이 발전된 산재보험법의 내용을 따라잡지 못하는 것이다.

또 주목해야 할 점은 법원이 사용자가 근로자의 ‘정신적 환경’으로 안전·보호해야 할 내용으로 근로자의 업무 미숙을 지적하였다는 것이다. 그동안 근로자의 업무 미숙은 지적당하고 고쳐야 할 대상으로 근로자가 개인적으로 책임져야 할 영역이었을 뿐 사용자가 이를 배려하고 근로자를 보호해야 할 것은 아니었다. 그러나 법원은 업무가 미숙한 근로자라 할지라도 극심한 업무상 스트레스와 과로를 피하기 위해 사용자가 적절한 방식으로 관리 및 지도할 것과 업무처리가 개선될 수 있도록 배려할 것을 명시한 것이다.

이에 법원의 본 판결은 하급심이지만 사용자의 근로자에 대한 안전배려의무의 지평을 확대하고, 의무의 내용으로 업무가 미숙한 근로자들에게 일방적인 닦달이 아닌 그들에게 맞는 수준의 업무 배정과 교육을 할 것을 명시한 주요한 선례가 될 것이다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)



## 전부 개정 산업안전보건법이 가야할 먼 길

- 수원지방법원 여주지원 2020. 12. 29. 선고 2020고단802 판결<sup>1)</sup> -

### 【판결요지】

3번 냉각기 용접작업 중 발생한 화재로 인하여 사망자가 발생하였다는 공소사실과 달리 지상 3층 승강장 용접작업 중 발생한 불뿔이 화재의 원인일 개연성이 높으므로 3번 냉각기 용접작업에 따른 의무위반을 전제로 기소된 5명의 피고인은 산업안전보건법위반죄에 관하여 모두 무죄이고, 건물 전반에 관한 안전관리의무가 있는 시공사의 본부장(현장소장)은 의무위반이 인정되므로 징역 3년 6개월에 처하고 시공사는 벌금 3,000만 원에 처한다.

대상판결은 2020년 4월 29일 13시 32분쯤 이천시 모가면 소고리 640-1 한익스프레스(발주자) 남이천물류센터 신축 공사 현장에서 발생한 화재 사고로 기소 당시까지 총 38명이 사망한 사건을 다루고 있다. 사고 당일 정세균 국무총리가 현장에 방문하였을 만큼 사회적 충격이 매우 큰 화재 사고였다. 사고 초기 화재의 원인에 관하여 다음과 같은 내용이 주된 분석이었다. “공사 현장 지하에서 우레탄폼 작업과 화물 엘리베이터 설치를 위한 용접을 동시에 진행하다가 우레탄폼에 발포제를 첨가할 때 나온 유증기에 용접 불꽃이 튀어 폭발하였고, 이로 인한 화재가 인근 가연성 소재에 옮겨 붙으며 폭발적 연소와 다량의 유독가스가 발생한 것으로 보고 있다.” 그리고 검사의 공소사실에도 동일한 취지로 지하 2층 천장에 설치된 3번 냉각기에 냉매배관을 연결하면서 용접방화포를 사용하였는데 그 과정에서 부근에 있던 우레탄폼에 불꽃이 튀어 화재가 발생하였고 이를 통해 전체 건물로 화재가 확산되고 시안화수소 등을 포함한 유독가스가 발생하여 다수의 근로자가 사망하였다는 것이었다.

검사는 「산업안전보건법」(이하, 산업안전보건법)상 위반행위자로 특정된

1) 관여 법관: 판사 우인성.



6명 중 5명은 3번 냉각기 용접작업 관련한 안전조치의무 위반을 이유로 기소하였고 나머지 1명인 시공사의 본부장이자 현장소장 및 안전보건총괄책임자는 건물 전반의 안전관리 소홀을 이유로 기소하였다. 그런데 제1심 법원은 화재의 원인을 지하 2층 3번 냉각기가 아니라고 보면서 다음과 같은 화재원인을 인정했다. “지상 3층 승강기 용접작업에서 발생한 불뚱이 승강기 통로를 통해 떨어져 지하 2층 승강기 입구의 차단막, 보양비닐 등 가연성 물질 내지 2번 승강기 통로 내부나 계단실에 저류되어 있던 유증기에 점화되어 화재가 발생하였을 개연성이 있다.” 따라서 지하 2층 3번 냉각기 화재를 원인으로 삼고 그에 기초한 의무위반을 이유로 기소된 5명의 산업안전보건법 위반죄는 모두 무죄라고 판단하였다. 다만, 시공자의 안전보건총괄책임자는 산업안전보건법 제63조(도급인의 산업재해 예방 의무), 「산업안전보건기준에 관한 규칙」 제17조 제1항(비상구 설치 의무), 제19조(경보용 설비 또는 기구의 설치 의무), 제241조 제2항(화재 예방 조치), 제241조의2 제1항(화재감지자 배치 및 확성기 설치 의무)을 각 위반하였다고 인정하고 벌칙 조문으로 제173조(양벌규정) 및 제167조 제1항(결과적 가중범)을 적용하여 징역 3년 6개월을 선고하였다.

본 판례평석은 산업안전보건법의 적용 방식과 그 결과를 다루고 있으므로 전체 피고인 10명(자연인 9명, 시공사 1군데)에 대한 각 적용 법조와 선고 형량은 검토하지 않는다. 다만, 기소된 피고인의 목록을 제시하면 발주자의 경영기획팀장(상무보) 1명, 시공사의 본부장(현장소장) 1명 및 부장 2명(총 3명), 1차 수급인의 이사(현장소장) 1명, 2차 수급인의 대표자 및 근로자 각 1명(총 2명), 감리회사의 감리단장 1명 및 상무 1명(총 2명)이다. 산업안전보건법으로 처벌되지 아니한 피고인들은 모두 「형법」 제268조의 업무상과실치사상죄로 처벌되었고 일부 피고인에게는 건설산업기본법 위반죄도 추가되었다.

대상판결은 건설업의 일반적인 업무 형태에 따라 도급에 의하여 공사가 진행되었다. 1차 수급인은 냉동냉장설비를 전문적으로 시공하는 업체이고, 2차 수급인은 냉동냉장창고 설비 중 일부를 다시 도급받아 수행한 업체였다. 이렇게 다단계로 도급이 이루어지면 상위에 있는 도급인 소속 감독자는 자신은 사고를 예방하기 위하여 산업안전보건법령이 정한 의무를 직접적·구체적으로 이행할 의무자가 아니라고 항변을 할 수 있다. 그리고 이러한 항변

은 종종 재판에서 받아들여져 산업안전보건법 위반의 죄책은 주로 직접 안전 관련 업무를 수행한 수급인 소속 하위직 근로자가 부담한다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결, 창원지방법원 2020. 2. 21. 선고 2019노941 판결<sup>2)</sup> 참조). 그런데 이 사건에서는 도급인의 현장소장이자 안전보건총괄책임자가 화재 예방과 대피에 관한 구체적인 의무를 부담하는 것으로 인정하고 그에 대한 위반 책임을 긍정하고 있다. 이것이 피고인이었던 현장소장이자 안전보건총괄책임자가 공소사실을 자백하였거나 적극적으로 다투지 않았기 때문인지, 다투었으나 판결서에 명확하게 기재된 것이 아닌지는 판결서만으로는 알 수가 없다. 추측하기로는 판결서 내용의 대부분이 화재 원인이 무엇인지에 초점이 맞추어져 있는 것을 보면 전자가 아닌가 한다. 따라서 산업안전보건법 위반으로 유죄판결을 받은 현장소장이자 안전보건총괄책임자가 공소사실을 자백한 것이 아니어서 항소심에서 적극적으로 이 부분을 다투다면 충분한 심리가 필요할 것이다.

한편, 대상판결은 시공사 법인에 대한 형사처벌이 3,000만 원에 불과하다는 점에서 비판을 받아야 한다. 대상판결에 적용되는 산업안전보건법은 2018년 연말 전부 개정된 것이다. 전부 개정 산업안전보건법은 여러 가지 특징이 있지만 그중에서 형사처벌의 경우 사망 사건에 대하여 법인의 법정형 상한을 종전 1억 원에서 10억 원으로 대폭 상향하고 있다. 따라서 수리적으로는 동종 사건에서 종전의 평균적인 선고 양형보다 10배가 높거나 적어도 그와 유사하여야 한다. 그러나 제1심 법원은 38명이나 사망한 대형 참사의 책임이 있는 기업에 대하여 불과 3,000만 원의 벌금형을 선고하였다. 법 개정 전 양형 관행을 그대로 유지한 것이다. 그 대신 기업이 아닌, 기업에서 임금을 받으며 일하는 현장소장에게는 산업안전보건법 적용에서는 비교적 중형인 징역 3년 6개월을 선고하였다(물론 업무상과실치사상죄의 경합범이다). 산업안전보건법이 개정되면서 법인의 법정형을 대폭 강화한 것은 산업안전보건 범죄가 개인의 과실 범죄가 아니라 기업의 총체적인 관리 부실에서 오는 기업 범죄라는 성격을 반영한 결과이다. 그런데 제1심 법원의 법관은 판결서에서 이 범죄는 본질적으로 과실범이라는 평가를 명시적으로 하고 있다. 국민적 대형 참사였고 수많은 유력 정치인들이 현장을 방문했을 만큼 우리 사회에

2) 현재 검사가 상고하여 대법원에 사건 계속 중(2020도3996)이다.



큰 충격을 준 사건이었으며, 게다가 김용균 씨 사망 사고를 계기로 법정형이 한층 강화된 개정 산업안전보건법이 적용된 사건임에도 기업에 대한 선고형 관행은 전혀 변화하지 않고 있다는 인상을 강하게 주는 판결이다.

끝으로, 검사는 기소 단계에서 공사에 관여했던 기업의 경영책임자를 아무도 기소하지 않고 있다. 기소된 2차 수급인의 대표자는 공사에 직접 참여하는 작업자이지 일반적으로 생각하는 기업의 경영책임자라고 볼 수 없다. 이런 기소 방식은 무엇보다 현행 산업안전보건법이 경영책임자를 직접 수사하고 처벌할 수 있는 구체적인 의무규정을 두고 있지 않다는 한계와 더불어 앞서 언급한 2018년 대법원 판결의 영향이 크기 때문이다. 이러한 이유로 인하여 올해 1월 중대재해처벌법이 제정되었다. 이 법률의 핵심 조문은 제4조 경영책임자의 안전보건 확보 의무 조항이다. 구체적인 의무 내용이 대통령령으로 위임되어 있어 경영책임자가 어떤 의무를 부담할지, 그리고 시행령이 적용된 사건에서 법원이 구성요건을 어떻게 판단하고 어느 정도의 양형 감감을 보여 줄지 두고 볼 일이다.

대상판결은 많은 사람들의 오랜 노력으로 개정된 산업안전보건법이 여전히 기업과 경영책임자에 대해서는 무력한 존재라는 것을 보여 주었다. 과연 2021년 중대재해처벌법은 강력한 존재임을 보여 줄 것인가?

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

## 도로교통법 위반에 따른 산재급여의 제한

- 서울행정법원 2021. 1. 29. 선고 2020구합54920 판결 -

### 【판결요지】

산업재해보상보험법 제37조 제2항은 근로자의 고의, 자해행위, 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 재해는 업무상 재해로 보지 않는다고 규정하고 있다. 이때 범죄행위에는 과실에 의한 범죄행위도 포함되며 형법에 의하여 범죄행위가 포함되는 것은 물론 특별법령에 의해 처벌되는 행위도 제외되지 않으므로 도로교통법상 범칙행위도 범죄행위에 포함된다고 해석함이 상당하다.

망인은 2018년 4월 11일 음식배달업체인 B에 입사하여 오토바이를 이용한 배달업무에 종사하였다. 2018년 6월 20일 오토바이를 이용하여 배달을 완료하고 돌아오던 중 직진 차로인 4차로에서 좌회전 차로인 3차로로 진로 변경을 하다가 3차로에서 직진 주행을 하던 차량과 충돌하여 병원으로 이송되었으나 당일 사망하였다. 3차로와 4차로 사이에는 진로 변경 금지를 알리는 백색 실선이 그어져 있었고 실선 위에는 시선유도봉이 설치되어 있었는데 망인은 이를 위반하여 시선유도봉 사이로 진입하여 차로를 변경하였다.

원고인 유족은 망인의 사망은 업무상 재해이므로 피고인 근로복지공단에 유족급여 및 장의비 지급을 신청하였으나, 근로복지공단은 망인의 사망은 고의에 의한 「도로교통법」 위반 범죄행위가 원인이므로 「산업재해보상보험법」(이하 산재보험법) 제37조 제2항 본문에1) 의해 업무상 재해에 해당하지 않는다는 부지급 결정을 내렸다. 이에 원고 유족은 불복하여 심사청구와 재심사청구를 하였으나 같은 이유로 각각 기각되자 법원에 근로복지공단을 상대로 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

1) 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장애 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.

원고인 유족은 이 사건 사고에는 망인을 충돌한 차량 운전자의 전방 주시 과실이 경합하였고, 사건 장소의 도로 구조상 망인이 좌회전하기 위해서는 무리한 진로 변경이 필요하다고도 주장하였다. 그러나 본 사건을 심리한 행정법원은 이를 받아들이지 않았다. 주된 쟁점은 망인이 「도로교통법」 제48조와 벌칙 규정인 제156조를 위반하였고 이는 범죄행위에 해당하므로 산재보험법 제37조 제2항 본문에 의해 업무상 재해가 부정되는가였다.

행정법원은 먼저 산재보험법 제37조 제2항 본문의 ‘범죄행위’의 범위에 대해서 판단한다. 행정법원은 대법원 1990. 2. 9. 선고 89누2295 판결의 설시를 들고 있는데, 인용 판결은 산재보험법 사건은 아니고 구(舊) 「공무원 및 사립학교교직원 의료보험법」 사건으로 구 동법 제42조 제1항은 고의 또는 범죄행위로 인한 사고 발생은 급여를 제한한다고 규정한다. 동 판결에서 대법원은 “범죄행위에는 고의적인 범죄행위는 물론 과실로 인한 범죄행위도 모두 포함되며, 형법에 의하여 처벌되는 범죄행위가 포함되는 것은 물론 특별법령에 의하여 처벌되는 범죄행위도 여기에서 제외되지 아니한다고 할 것이므로 도로교통법 제12장의 범칙행위도 위 범죄행위에 포함된다고 해석함이 상당하다.”고 판시하였다.<sup>2)</sup> 그러나 대법원은 판시에 대한 구체적인 논거는 실시하지 않았다.

이에 따라 행정법원 역시 산재보험법에 의한 보험급여는 “근로자의 생활보장적 성격 등을 고려하여 법률에 특별한 규정이 없는 한 근로자의 과실을 이유로 책임을 부정하거나 책임 범위를 제한하지 못하는 것이 원칙이기는 하나, 산업재해보상보험법 제37조 제2항에 규정된 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 재해의 경우에는 업무와 상당인과관계가 부인된다.”고 판시하였다. 그리고 “이 사건 사고는 망인의 업무수행 중에 발생한 것이기는 하나 망인이 좌회전 차로로 진로 변경이 금지되어 있는 도로에서 위법하게 진로 변경을 하다가 발생하였다고 할 것이므로 이 사건 사고가 업무수행에 수반되는 통상적인 범위 내에 있는 것이라고 할 수 없다.”고 덧붙였다.

2) 다만 동 판결은 일어난 사고의 경위가 맞은편에서 트럭이 중앙선을 침범하여 진행하고, 도로 오른쪽에서 개가 갑자기 튀어나와 이를 피하기 위해 발생한 것이므로 “오로지 또는 주로 자기의 범죄행위로 인하여 보험사고가 발생한 경우”가 아니므로 보험급여를 제한할 수 없다고 판시하였다.

사회보험법상의 보험급여는 국민의 인간다운 생활을 할 권리(생존권)를 보장한다는 측면에서 각 입법의 목적에 비추어 엄격하게 제한함이 원칙이다. 그러나 고의나 범죄행위 등으로 각 사회보험이 보장하고자 하는 사회적 위험을 스스로 창출한 경우 우연한 사고를 전제로 하는 보험의 원리상 이를 받아들일 수가 없다. 따라서 우리 사회보험법은 각각 고의나 범죄행위 등으로 인한 사고의 경우 급여를 제한하는 규정을 갖고 있다.<sup>3)</sup>

그런데 앞서 언급한 바와 같이 사회보험급여의 제한은 엄격히 해석하는 것이 입법의 목적상 타당하기 때문에 범죄행위의 범위에 형법상의 자연범만 아니라 행정법규상의 범정부까지 포함되는가가 전부터 쟁점이 되어 왔다. 산재보험법에서는 이에 대한 대법원의 판시가 없고 주로 다툼이 된 영역은 「국민건강보험법」(이하 건강보험법)이었다.<sup>4)</sup> 행정법원이 인용한 대법원 판결 역시 구 「공무원 및 사립학교교직원 의료보험법」으로 그 내용과 의의가 건강보험법상의 쟁점과 동일하다.

사건으로 본 사건에 대한 행정법원과 인용한 대법원의 판단에 의문을 제기한다. 앞서 스스로 위험을 창출한 경우 보험급여가 제한되는 것이 보험의 원리라고 하였는데 여기에 사회보험은 제한의 원리로 추가될 것이 있다. 바로 사회연대성 측면에서 바라봐야 한다는 점이다. 즉, 사회보험은 우리 사회 구성원들이 연대하여 사회적 위험에 대처하는 것이다. 그러므로 사회보험급여의 제한은 이러한 연대를 깨뜨렸을 때 적용되어야 한다. 따라서 「도로교통법」상의 범칙행위가 과연 사회연대의 원칙을 파괴한 행위인가를 생각해 보아야 한다. 이에 대해 인용한 대법원 1990. 2. 9. 선고 89누2295 판결의 원심인 서울고등법원 1989. 3. 8. 88구10086 판결을 볼 필요가 있다. 고등법원은 정반대의 판시를 하였는데 “도로교통법 위반의 범칙행위는 그 본질상 단순한 교통질서 위반행위에 불과하여 행위의 결과 발생을 요건으로 하는 일반 범죄행위와는 다를 뿐 아니라, 우연적으로 발생하는 보험사고에 대하여 상호구제를 목적으로 하는 의료보험제도의 본질 및 공무원 및 사립학교교직원

3) 「국민연금법」 제82조 제1항과 「국민건강보험법」 제53조 제1항 제1호를 참조.  
 4) 김유성(2002), 「한국사회보장법론(제5판)」, 법문사, pp.274-275; 전광석(2019), 「한국사회보장법론(제12판)」, 집현재, pp.215-217. 건강보험법 제53조 제1항 제1호는 “고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 그 원인이 있거나 고의로 사고를 일으킨 경우”에는 건강보험급여를 지급하지 아니한다고 규정한다.

의료보험법의 입법 취지에 비추어 위 범칙행위는 위 법 제42조 제1항 소정의 범죄행위에 포함되지 아니한다고 봄이 상당하다.”고 설시하였다. 여기서 알 수 있다시피 「도로교통법」 위반은 행위의 결과 발생을 요구하지 않아도 성립될 수 있는 범칙행위이다. 그리고 누구나 과실로 「도로교통법」을 위반할 수 있고 생계유지를 위해 과속 또는 차선 위반을 할 수 있다. 이런 점을 감안하면 「도로교통법」 위반이 사회보험을 지탱하는 사회연대성을 깨뜨린 것이라 할 수 없을 것이다.

여기에 덧붙여 급여 제한 사유로서 범죄의 범위를 축소하여 해석하는 또 다른 견해가 있다.<sup>5)</sup> 고의 또는 범죄행위에 의한 위험 창출에 대한 사회보험 급여 제한은 “가입자의 의무 위반에 대한 사회보장법의 특유한 제재이다.” 따라서 이를 해석할 때도 사회보장법의 가치판단이 기준이 되어야 하는데, 바로 “사회보험공동체에 위해성이 있는, 보험공동체 전체의 이익에 비추어 비난가능한 행위인가 여부이다.” “기본적으로 형사상의 범죄는 그 자체가 불법인 반면, 행정범죄는 행정 목적을 달성하기 위한 실정법의 규정에 의해서 범죄행위로 유형화된 것”으로 형사범에 비해서 본질적으로 비난 가능성이 크지 않다는 것이다. 따라서 행정범죄에 의한 사회보험급여의 제한은 타당하지 않다는 것이다.

「도로교통법」상의 범죄행위라고 하더라도 우리 사회가 합의한 규정을 어긴 것은 맞다. 그러나 그것에 대한 대가는 「도로교통법」상의 벌칙규정으로 다하였고 사회보험급여의 제한은 또 다른 측면에서 보아야 한다. 따라서 「도로교통법」상의 범죄행위가 사회보험의 연대성을 깨뜨려 구성원들로부터 비난을 받을 만한 것인가를 보아야 한다. 그러나 「도로교통법」은 그 목적이 “도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지하고 제거”(동법 제1조)하는 것으로 도로상의 교통사고를 막는 예방적 성격의 입법이다. 이는 행정적 목적일 뿐 우리 사회를 파괴하는 행위를 제어하기 위함이 아니다. 따라서 산재보험법 제37조 제2항 본문뿐만 아니라 건강보험법 제53조 제1항 제1호상의 ‘범죄행위’에는 「도로교통법」상의 범죄행위를 포함하여 행정법규상의 범죄행위는 제외하는 것이 타당하다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

5) 이하의 내용은 전광석, 앞의 책, pp.215-216.



<부록> 노동판례리뷰 2021 목록(주제별)

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
노동법의 적용	대법원 2021. 7. 15. 선고 2017도13767 판결	고수현	202109	노동법학 제79호
	서울동부지방법원 2020. 5. 8. 선고 2019고정211 판결	방강수	202106	노동법학 제78호
근로조건 결정규범	대법원 2020. 11. 26. 선고 2017다239984 판결	김 린	202101	노동리뷰 2021년 1월호
	대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결	방강수	202108	노동리뷰 2021년 8월호
	서울고등법원 2020. 11. 24. 선고 2020나2007284 판결	정영훈	202103	노동리뷰 2021년 3월호
근로조건	대법원 2020. 12. 24. 선고 2019다293098 판결	김근주	202102	노동리뷰 2021년 2월호
	대법원 2021. 3. 11. 선고 2017다259513 판결	양승엽	202106	노동법학 제78호
	대법원 2021. 4. 8. 선고 2021도1500 판결	김근주	202107	노동리뷰 2021년 7월호
	대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다222914 판결	방강수	202111	노동리뷰 2021년 11월호
	대법원 2021. 8. 19. 선고 2017다56226 판결	김홍영	202110	노동리뷰 2021년 10월호
	대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다227100 판결	방강수	202112	노동리뷰 2021년 12월호
	서울고등법원 2020. 12. 2. 선고 2016나2032917 판결	권오성	202102	노동리뷰 2021년 2월호
	서울고등법원 2021. 9. 8. 선고 2015가합561002, 2017가합520173(병합), 2017가합555742(병합) 판결	심재진	202112	노동리뷰 2021년 12월호
	서울고등법원 2021. 10. 26. 선고 2019나2031229, 2019나2031236(병합), 2019나2031243(병합), 2019나2031250(병합), 2019나2031267(병합) 판결	방강수	202112	노동법학 제80호
	서울지방법원 2021. 6. 17. 선고 2019가합542535 판결	심재진	202108	노동리뷰 2021년 8월호
	수원고등법원 2021. 6. 17. 선고 2020나26085 판결	방강수	202106	노동리뷰 2021년 6월호
	서울북부지방법원 2021. 4. 6. 선고 2020나40717 판결	방강수	202106	노동리뷰 2021년 6월호
	청주지방법원 충주지원 2021. 4. 6. 선고 2020고단245 판결	양승엽	202109	노동법학 제79호
	헌법재판소 2021. 8. 31. 선고 2018헌마563 결정	정영훈	202111	노동리뷰 2021년 11월호
인사이동, 징계, 근로 관계의 변동	대법원 2020. 7. 9. 선고 2020도5646 판결	노호창	202103	노동법학 제77호
	대법원 2020. 11. 5. 선고 2018두54705 판결	양승엽	202101	노동리뷰 2021년 1월호
	대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결	강선희	202107	노동리뷰 2021년 7월호
	대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결	강선희	202109	노동리뷰 2021년 9월호
울산지방법원 2021. 4. 15. 선고 2020구합330 판결	권오상	202107	노동리뷰 2021년 7월호	
근로관계의 종료	대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결	강선희	202101	노동리뷰 2021년 1월호
	대법원 2021. 1. 14. 선고 2020다207444 판결	김 린	202103	노동리뷰 2021년 3월호
	대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다226605 판결	노상현	202105	노동리뷰 2021년 5월호
	대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다253680 판결	김근주	202105	노동리뷰 2021년 5월호
	대법원 2021. 7. 29. 선고 2016두64876 판결	김근주	202109	노동리뷰 2021년 9월호
	대전고등법원 2021. 6. 18. 선고 2020누12481 판결	장영석	202109	노동리뷰 2021년 9월호



대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
노동조합	대법원 2020.10.29. 선고 2017다263192 판결	남궁준	202106	노동법학 제78호
	대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결	김근주	202104	노동리뷰 2021년 4월호
	대법원 2021. 8. 19. 선고 2019다200386 판결	정영훈	202110	노동리뷰 2021년 10월호
	수원지방법원 2020. 11. 13. 선고 2019노4120 판결	강선희	202102	노동리뷰 2021년 2월호
	서울중앙지방법원 2021. 4. 1. 자 2020카합22283 결정	양승엽	202106	노동법학 제78호
	수원지방법원 안양지원 2021. 8. 26. 선고 2019가합101811 판결	강주리	202110	노동리뷰 2021년 10월호
쟁의행위	대구지방법원 경주지원 2020. 10. 15. 선고 2019고단589 판결	방강수	202106	노동법학 제78호
비정규직	서울남부지방법원 2021. 6. 4. 선고 2019가합112404 판결	방강수	202109	노동법학 제79호
	서울중앙지방법원 2021. 6. 25. 선고 2019가합586061 판결	장영석	202108	노동리뷰 2021년 8월호
	춘천지방법원 원주지원 2021. 7. 15. 선고 2020고합57 판결	노호창	202109	노동법학 제79호
	제주지방법원 2021. 8. 31. 선고 2020구합5465 판결	노호창	202112	노동법학 제80호
사회보장, 노동시장	대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두61717 판결	전형배	202101	노동리뷰 2021년 1월호
	대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두60523 판결			
	대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두39297 판결	김근주	202103	노동리뷰 2021년 3월호
	대법원 2021. 3. 11. 선고 2018도10353 판결	전형배	202106	노동리뷰 2021년 6월호
	대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결	노호창	202105	노동리뷰 2021년 5월호
	대법원 2021. 6. 3. 선고 2015두49481 판결	방강수	202109	노동리뷰 2021년 9월호
	대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결	양승엽	202111	노동리뷰 2021년 11월호
	대법원 2021. 9. 30. 선고 2020도3996 판결	전형배	202112	노동리뷰 2021년 12월호
	서울동부지방법원 2020. 12. 24. 선고 2018가단132951 판결	양승엽	202103	노동법학 제77호
	수원지방법원 여주지원 2020. 12. 29. 선고 2020고단802 판결	전형배	202104	노동리뷰 2021년 4월호
서울행정법원 2021. 1. 29. 선고 2020구합54920 판결	양승엽	202106	노동리뷰 2021년 6월호	

## ◆ 집필진

- 남궁준(한국노동연구원 연구위원)
- 김근주(한국노동연구원 연구위원)
- 정영훈(한국노동연구원 연구위원)
- 강선희(법학박사)
- 강주리(법학박사)
- 고수현(법학박사, 변호사)
- 권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)
- 권오성(성신여자대학교 지식산업법학과 교수)
- 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)
- 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)
- 노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)
- 노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)
- 방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)
- 심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)
- 양승엽(국회입법조사처 입법조사관)
- 장영석(전국언론노조, 법학박사)
- 전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

## 노동판례리뷰 2021

- |             |  |
|-------------|--|
| ▪ 발행연월일     | 2022년 4월 20일 인쇄<br>2022년 4월 25일 발행   |
| ▪ 발 행 인     | 황 덕 순  |
| ▪ 발 행 처     | <b>한국노동연구원</b><br>☎ 30147 세종특별자치시 시청대로 370<br>세종국책연구단지 경제정책동<br>☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089 |
| ▪ 조 판 · 인 쇄 | (주)이환디앤비 (02) 2254-4301  |
| ▪ 등 록 일 자   | 1988년 9월 13일   |
| ▪ 등 록 번 호   | 제2015-000013호  |

© 한국노동연구원 2022

정가 12,000원

ISBN 979-11-260-0538-3





한국노동연구원

30147 세종특별자치시 시청대로 370 경제정책동  
TEL : 044-287-6083 <http://www.kli.re.kr>

