



노동판례리뷰

2017

김근주 · 김기선 編

목 차

노동법의 적용	1
• 전화권유판매원의 근로자성	1
• 지입차주의 근로자성	6
• 지입차주의 근로자성 판단 기준	11
• 고시원 총무의 근로자성 등	15
근로조건 결정규범	19
• 택시업계 최저임금을 둘러싼 노사합의의 효력	19
• 임용행위의 하자로 임용이 소급적으로 취소된 사실상 공무원에 대한 취업상 의문점	24
• 교원인사규정의 불이익 변경과 사립대학 교원의 재임용	30
• 공공부문 성과연봉제 : 도입 절차의 적법성	35
• 공공기관 성과연봉제의 확대와 사회통념상 합리성 판단	41
근로조건	45
• 1년 내내 출근하지 않은 경우 연차휴가의 발생과 연차휴가수당의 보상	45
• 압류가 금지된 휴업급여의 수령계좌의 변경과 강제집행면탈죄의 성부	49
• 정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 위법성	54
• 포괄임금약정의 성립 판단	59
• 내국인 승무원에 대한 용모제한 규정의 국적차별 여부	63
• 퇴직하면 지급하지 않는 정기상여금은 통상임금이 아니라는 사례	68

• 국비유학 후 의무복무기간 미준수 경찰공무원에 대한 명예퇴직수당 지급제외 처분의 정당성 여부	73
• 직장 내 성희롱에 대한 사업주 책임과 손해배상	82
• 직장 내 괴롭힘에 대한 손해배상책임	87
• 사용자의 업무상 근로자 개인정보수집의 한계	95
• 원청사업주에 대한 하청근로자의 초과근로수당 등 지급청구가 인정된 사례	100
인사이동, 징계, 근로관계의 변동	105
• 연차휴가 당일 발생한 협력업체의 납품 지연 문제를 회사에 즉시 보고하지 않아 징계가 인정된 사례	105
• 용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약	109
• 직위해제무효확인 소송 중 다시 직위를 부여받은 경우 법원의 처리방식과 맹점	113
• 징계사유의 존부에 관한 판단	116
• 사업부 분할 매각 금지 약정의 효력	120
• 대형마트 계산원의 불법파견과 직접고용 의무	125
근로관계의 종료	130
• 채용조건인 논문의 표절과 해고의 정당성	130
• 근로자 해고를 위해 사용자가 원용한 「공정인사지침」이 법원에서는 사용자 의도와는 반대로 작용한 사례	135
• “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 특약의 의미	140

노동조합	145
• 해고자의 산업별노조 가입 및 노조 결의 등의 규약 위반 시정명령 신청 주체	145
• 합병 무효와 기존 공무원노동조합의 법적 지위	150
• 노동조합 설립을 둘러싼 노사 분쟁 - 삼성노동조합 사건	158
• 공무원인 근로자를 조직하는 노동조합의 선출직 임원 등의 진보인사를 할 때 노동조합과 사전 협의하도록 하는 것이 단체교섭의 대상이 될 수 있는지의 여부	164
• 공무원 단체협약 시정명령	169
• 해고자 가입을 이유로 한 법외노조 통보는 위법하므로 ‘노동조합’ 명칭 사용은 무죄다	174
• 노동조합 운영상황 등에 대한 조합원의 열람청구권의 범위와 등사(복사)청구권 인정 여부	178
• 케이티(KT)노동조합의 조합원총회결의가 무효인 이유	182
• 공정대표의무의 범위와 차별의 증명책임	186
• 원청회사의 도급계약 중도해지가 부당노동행위가 아니라고 판단한 사례	190
• 청원경찰의 복무에 대해서 국가공무원법을 준용함으로써 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 박탈할 수 있도록 하고 있는 청원경찰법 제5조 제4항이 근로3권을 침해하는지의 여부	195
• 청원경찰의 신분 및 근로형태와 근로3권의 허용 필요성	201
 쟁의행위	 205
• 2013년 철도파업에 대한 업무방해죄 무죄	205
• 직장폐쇄 유지의 정당성 판단과 관련되는 근로자의 업무복귀의사	213
• 불법 직장폐쇄에 대한 직장점거행위의 책임	218
• 필수유지업무 유지·운영 위반죄 : 2014년 철도노조 총회 사건	223

- 쟁의행위가 제한되는 ‘주요방위산업체 종사근로자’의 범위 227
- 조합활동의 정당성 230
- 쟁의행위를 이유로 한 손해배상청구의 소의 선별적 취하 234
- 모바일투표로 진행된 쟁의행위 찬반투표의 적법성 238
- 노동조합에 의한 컨베이어 벨트 정지와 손해배상 책임 243

비정규직 247

- 기간제근로자의 갱신기대권과 전환기대권 247
- 정규직 전환을 위한 인사평가제도의 적용상의 공정성 등 251
- 기간제근로자의 차별시정 구제이익 255
- 고령자이며 정년 후 재고용된 기간제 근로자에게 갱신기대권 법리를 인정한 사례 258
- 업무의 성격과 기간제 근로계약의 제한 263
- 반복·갱신된 기간제 근로자의 사직서 제출시 의사표시규정의 검토 여부(要否) 267
- 근로계약 갱신거절의 합리적 이유 판단기준 및 이의 증명책임 등 271
- 인턴계약의 의미 276
- 비정규 차별에서 비교방법에 따른 불리한 처우 및 합리적 이유의 유무 280
- 도급사업자의 근로자 직접고용·과건·도급의 구분 요소 286
- 과건근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상 290
- 기간제법상 차별의 인정기준 - 현저한 질적 차이의 유무 295
- 근로기준법 균등처우 조항에서의 ‘사회적 신분’의 의미와 ‘비교집단’의 선정 299
- 촉탁계약직의 총 사용기간 2년을 초과하는 갱신기대권 306
- 과건차별시정에 사용사업주의 연대책임과 배액 배상 310

- 정규직과 계약직의 근로조건 체계가 상이한 경우의 취업규칙 불이익변경에 대한 동의방법 315
- 기간제근로계약 종료 후 재계약이 안된 경우에도 교육훈련비상환규정이 적용되는지 여부 320
- 초단시간근로자 유형 규정과 근로시간 323

- 사회보장, 노동시장 328**
 - 국가의 공무원에 대한 영유아보육법상 보육수당 지급의무의 존부 328
 - 업무와 자살 사이의 상당인과관계의 판단기준 335
 - 자녀와의 비동거와 육아휴직급여 부정수급 여부 340
 - 산재보험금 부정수급과 부당이득의 징수 347
 - 육아휴직 급여의 신청에 대한 제척기간과 급여를 받을 권리에 대한 소멸시효 352
 - 육아휴직 급여 신청기간의 해석 360
 - 산재보험법 특례대상인 현장실습생의 의미 364
 - 업무상 사고와 사망 간 중간 사실에 대한 인과성 판단 - 치매 환자 사례 369
 - 출장 도중 구조행위의 업무상 재해 인정 여부 372
 - 장애인차별금지법상 정당한 편의제공을 거부한 차별행위 375
 - 출퇴근 도중 우회 시 업무상 사고 인정 여부 380
 - 국민건강보험의 보험료를 산정하는 기준이 직장가입자와 지역가입자에 따라서 다른 것이 평등권을 침해하는지 여부 384

- 〈부록〉 노동판례리뷰 2017 목록(주제별) 391**

노동법의 적용

전화권유판매원의 근로자성

- 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결 -

【판결요지】

원심은, 피고와 섭외영업위촉계약을 체결하고 피고로부터 고객 데이터베이스를 받아 피고의 고객에게 전화로 카드론에 관하여 홍보하고 그 신청을 권유하는 업무를 수행한 원고(선정당사자)들 및 선정자들(이하 ‘원고들’이라 한다)이 실질적으로 피고의 지휘·감독을 받은 근로자라고 주장하면서 퇴직금을 구하는 이 사건에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 원고들은 근로자가 아니라고 판단하여 원고들의 청구를 기각하였다.

[그러나] 위와 같은 실적이나 업무수행 불량 또는 업무운용수칙 등 위반 시 부과된 제재 또는 불이익, 업무의 성격과 내용, 근무장소가 정해져 있고 근무시간을 지키지 않을 경우 얻게 되는 실질적 불이익 등 여러 사정을 종합하면, 원고들이 피고회사에 근로에 대한 대가를 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 여지가 충분하다.

그런데도 원고들이 근로자가 아니라고 판단한 원심판결에는, 상고이유 주장과 같이 근로기준법상의 근로자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

판례에 따르면, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다. 여기에서 종속적인 관계인지 여부를 판단하는 주요 조건은) ① 업무 내용을

사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, ③ 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ④ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑤ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도 등이다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결 등). 그리고 “근로제공자가 [...] 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공”하는 것이 가장 명확하게 드러나는 순간은 그 근로제공자가 타인의 지휘·명령에 종속되는 상황이라는 점을 고려할 때, 위 ①과 ②의 조건이 근로자성 판단에서 중요한 위치를 차지한다고 말할 수 있다.

일반적으로, 위 ①과 ②의 조건은 기업 내에서 위계적 또는 관료적 통제의 모습으로 나타난다고 알려져 있다. 여기에서 근로자성 판단과 관련하여 어려운 문제가 발생한다. 과거 근로계약서, 취업규칙 또는 단체협약 등에서 명문으로 표시되던 그러한 종속성 징표들이 일부 기업에서 변용되고 있기 때문이다. 이런 현상은 1990년대 이후 출현하거나 그 규모가 확대된 서비스 산업 분야 등에서 뚜렷하다. 이 과정에서 위계·관료적 통제 규범은 ‘교육자료’나 ‘가이드라인’이라는 좀 더 부드러운 모습으로 전환되고, 업무 효율성과 관리는 위계나 징계 절차가 아닌 계약해지, 기간제 근로계약의 갱신 거절 또는 정교한 성과 관리 시스템 등을 통해 이루어진다. 그로 인해 종전 판례 범리가 고려하던 징표만을 살펴서는, 노동법적 보호가 필요한 근로제공자를 근로자로 포섭하는 데 어려움을 겪곤 한다.

그런데 위계·관료적 통제가 보이지 않는다고 해서 그것이 곧바로 노동법이 적용될 만한 종속성이 존재하지 않는다는 결론에 이르지 않는다는 점을 주의해야 한다. 구체적인 작업 지시를 담은 계약, 세밀한 성과 평가 또는

1) 한편 법원은, 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 근로제공자의 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다고 보고 있다. 이 점에서 이를 부수적 조건이라 볼 수 있다.

ICT 기술의 응용과 생산관리 기법 등을 통해 관료적 통제, 즉 근로계약 관계의 지휘·명령이 존재하는 것과 비슷한 효과를 얻는 것이 가능하다면, 기업은 당연히 과거의 수단을 버릴 수 있기 때문이다. 따라서 지휘·명령 관계의 존부에 대한 형식적 심사나 계약서나 기업 규정의 문언에 의존하여 근로자성을 판단할 경우, 사용자의 의사에 따라 근로제공자의 노동법적 보호 여부를 결정하는 결과가 초래될 수 있다. 법원 역시 이러한 문제의식에 기초하여 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결을 통해 근로기준법상 근로자에 관한 법리를 수정하고, 실질적 판단의 중요성을 강조하였다.²⁾

아래에서 보는 바와 같이, 전화권유판매원들이³⁾ 퇴직금을 청구한 이 사건에서 대법원은 위 판례 법리에 따라 그들의 근로자성을 부인한 원심 판결을 파기하고 근로기준법상 근로자성을 인정했다.⁴⁾

(1) 원심은, 피고 회사가 원고들에게 업무수행 중 준수할 사항이 기재된 ‘카드 텔레마케팅전화권유판매원 업무운용수칙’과 스크립트 등 가이드라인을 배부한 사실을 인정하면서도, 이는 법령 및 관련 규정 위반을 사전에 방지하기 위한 업무지침이나 안내자료일 뿐이라고 판단했다. 그러나 대법원은 그 업무운용수칙에 위반 시 제재조치에 관한 내용이 있고, 스크립트 등 가이드라인에는 관련 법령에 관한 내용뿐만 아니라 고객 유형별 통화에 적용되는 대사가 상세히 규정되어 있다고 설명한 후 “업무운용수칙과 스크립트 등은 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있다. 또

2) 이 문단은 Collins, Hugh(1990), “Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws,” *Oxford Journal of Legal Studies* 10(3), p.357, 364, 368; 도재형(2016), 「기업과 규범의 이 긴 다툼의 결말은 - 채권추심원의 근로자성」, 『월간 노동리뷰』 2016년 6월호, 한국노동연구원, p.88을 인용하였다.

3) 「방문판매 등에 관한 법률」 제2조 제3호와 제4호에 따르면, “전화권유판매원”이란 전화권유판매업자(전화권유판매를 업으로 하기 위하여 전화권유판매조직을 개설하거나 관리·운영하는 자)를 대신하여 전화권유판매업무를 수행하는 자를 말하고(일반적으로 ‘텔레마케터’라고 불린다), 여기에서 “전화권유판매”란 전화를 이용하여 소비자에게 권유를 하거나 전화회신을 유도하는 방법으로 재화 등을 판매하는 것을 말한다.

4) 「근로자퇴직급여 보장법」 제2조 제1호에 따르면, 퇴직금 등을 정한 이 법률의 적용 대상인 “근로자”란 근로기준법 제2조 제1항 제1호에 따른 근로자를 뜻하므로, 법정 퇴직금 청구의 가부를 따지기 위해서는 먼저 원고들이 근로기준법상 근로자인지가 판단되어야 한다.

한 섭외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있다”라고 지적했다.

(2) 원심은, 원고들이 규정 위반 행위를 한 경우 피고로부터 통보를 받고 통보 횟수에 따라 급여가 차감된 사실, 원고들의 통화량과 통화 시간이 전산 프로그램에 자동으로 저장되는 사실, 민원 등이 제기되었을 때 피고가 통화 녹음 내용을 확인하여 위반 사항을 원고들에게 통보한 사실을 인정하면서도, 피고가 수시로 모니터링하지는 않았고 전체 통화 횟수에 비해 위반 횟수나 수수료 차감 액수가 적은 편이어서, 피고 회사가 원고들의 업무수행 과정이나 결과를 관리하거나 제재를 가하는 등으로 관리·감독하였다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그러나 대법원은, 그 위반 횟수나 수수료 차감 비율이 적다고 하여 제재를 가하지 않았다고 볼 수 없고, 피고 회사가 민원 발생뿐만 아니라 실적 조작, 불충분하거나 잘못된 설명 등 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 ‘통보서 유형별 등급표’를 마련하고, 위 등급표에 따라 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브의 차감 또는 미지급, 실적수당의 차감, 계약해지 등 제재 수단을 적용하였으며 필요한 경우에는 통화 녹음 내용을 모니터링하였으므로, 피고 회사가 원고들의 업무수행 과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하고 그에 대한 제재 수단도 있다고 봐야 한다고 판단했다.

(3) 원심은, 원고들과 같은 전화권유판매원의 전산 로그 기록이 09:30경부터 18:30경 사이에 몰려 있고, 원고들은 피고가 마련한 사무실에 정규직 직원과 함께 근무하면서 자리가 지정되어 있던 사실, 피고 회사의 정규직 직원인 매니저들이 각종 프로모션을 진행한 사실, 매니저들이 원고들에게 30분에서 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배한 사실을 인정하면서도, 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않아 특정 시간에 출퇴근할 의무가 없었다고 판단하였다. 그러나 대법원은 지각 또는 결근으로 인한 징계 규정이 없더라도, 정규직 매니저들이 원고들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고 실제로 통화 횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 프로모션을 진행하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리하였고, 실적에 따라 수수료를 받는 원고들로서는 지각·조퇴·

무단이탈·결근 등으로 고객 데이터베이스를 분배받지 못할 경우 실적 저하로 이어져 실질적으로 불이익을 받는 결과가 된다고 지적했다.

그 밖에 대법원은, 피고가 원고들에게 사무실, 컴퓨터, 전화기 등 업무수행에 필요한 물품을 제공하고, 원고들이 피고의 지시에 따라 계약상 업무 외의 업무를 수행한 점 등을 종합할 때, 원고들을 근로기준법상 근로자로 볼 여지가 충분하다고 판시했다.

그런데 이 정도의 근무 실태라면 전회권유판매원의 근로자성이 분명해 보이는데도 불구하고, 기업은 근로자가 아니라고 계속 우기고 하급심이 이를 받아들여 그들의 근로자성을 부인함으로써 대법원의 판단까지 받게 되는 이런 상황은, 서비스 업종의 특수형태근로종사자와 관련하여 반복해서 일어나고 있다(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결 참조).

이렇게 근로자성에 관한 판례 법리가 일정 정도 정립되었음에도 이러한 일이 반복되는 원인으로서는 다음 두 가지를 떠올릴 수 있다. 첫째, 비근로자화 정책을 시행하다 설령 재판이나 근로감독에 의해 좌절되더라도, 처음부터 근로자로 사용하는 것 이상의 제재나 부담을 지지 않는 “밀져보야 본전”인 법률적 조건에서, 일부 업종의 기업으로서서는 구태여 자신에게 필요한 용역을 근로계약의 형태로 구매할 유인이 없다. 둘째, 슬한 판결과 학자들의 지적에도 불구하고, 여전히 계약서의 문언만을 신뢰하고 근로 제공의 실질에는 무관심한 민사 법관들의 협소한 시각 탓이다. 결국, 이렇게 노동법의 규범력을 침식하는 소모적 악순환을 중단시키기 위해서는 기업의 그릇된 인식을 교정하고, 법관의 전문성을 키울 수 있는 새로운 개선책을 마련하는 게 필요하다 할 것이다.

>> 도재형(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

지입차주의 근로자성

- 서울고등법원 2016. 9. 1. 선고 2015누60220 판결 -

【판결요지】

다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 소외 회사에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 망인은 렉카차를 소유하고, 그 유지·관리 비용을 부담하며, 고정된 기본급 없이 견인 실적에 따라 산정된 운송수익금만을 지급 받아 온 점 등을 고려하면, 망인은 노무 제공을 통한 이윤과 손실 등의 위험을 스스로 부담하며 업무를 수행한 것으로 봄이 상당하다.

② 소외 회사 소속 지입차주들은 소외 회사가 지정한 시간, 장소에서 상시 대기하였고, 소외 회사가 지정한 정비업체로 차량을 견인하였으며, 소외 회사의 독려로 소외 회사를 광고하고, 소외 회사가 지정한 대로 복장이나 견인차량의 색상 등을 통일하기도 하였으나, 이는 소외 회사의 대외 이미지 제고 및 동일성·식별성 강화를 통해 소외 회사 및 그 소속 지입차주들의 수익을 극대화하고자 이루어진 것으로 보여, 이러한 사정만으로 지입차주들이 소외 회사로부터 구체적이고 직접적인 지시나 통제를 받은 것이라고 보기는 어렵다.

③ 지입차주들이 운송업무를 제3자에게 대행시키거나, 소외 회사가 지정한 정비업체가 아닌 다른 정비업체로 견인하는 등의 행위를 하는 데 있어 소외 회사가 이를 명시적으로 금지하는 등의 특별한 장애가 있었다고 볼 만한 자료가 없다(실제로 이러한 경우가 없었던 것은 지입차주들에게 이러한 행위를 하여야 할 경제상, 사실상의 필요가 없었기 때문으로 보인다).

④ 소외 회사가 지정된 근무장소, 시간을 무단이탈하는 행위 등에 대하여 벌금을 부과하기로 결정하기도 하였으나, 실제로 이 결정이 모든 지입차주들에게 엄격하게 적용되거나 벌금부과 현황, 공제 내역 등 관련 자료가 충실하게 관리되고 있지는 않았던 점 등에 비추어 보면, 이 역시도 렉카 업무의 특성상 신속하고 안정적인 서비스를 담보하기 위하여 지입차주들 사이에서 이루어진 최소한의 내부 규칙으로 보여, 이를 소외 회사의 지입차주들에 대한 일방적인 복무관리행위라고 평가할 수는 없다.

⑤ 별도의 취업규칙이나 복무규정, 인사규정 등은 존재하지 않고, 소외 회사는 망인에 대하여 4대 보험 가입신고를 하거나 그 보험료를 납부한 적이 없는 등, 외형적으로라도 망인이 소속 회사의 근로자임을 나타내는 객관적인 징표는 없다.

위는, 사고차량 견인을 위해 이동하던 중 교통사고로 사망한 렉카차 지입 차주(이하 ‘망인’)의 유족이 근로복지공단(이하 ‘공단’)에 산업재해보상보험 법상 유족급여 등의 지급을 청구하였다가 거부처분을 받자, 이 거부처분의 취소를 구하는 사건에 대한 항소심 법원의 판결요지이다. 이 사안의 1심 법원은 망인의 근로자성을 인정하여 공단의 거부처분이 위법하다고 인정하였으나(서울행정법원 2015. 9. 11. 선고 2015구합58522 판결), 항소심에서는 위와 같은 이유로 1심 판결을 취소하였다.

판결의 결론이 상급심에서 뒤집어지는 경우는 사실 인정에 차이가 있거나, 적용한 법리 내지 법리적용을 위한 사실에 대한 평가에 있어서 차이가 있는 경우가 대부분인데 이 사건의 경우 사실인정에 결정적 차이는 없고, 법리 적용에 있어서 차이를 보이고 있다.

주지하다시피 대법원은 근로기준법상 근로자성 인정기준과 관련하여 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736판결(이하 ‘2006년 판결’)에서 제시한 다음과 같은 기준을 반복 유지해 오고 있다.

(A)	<p>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, 위에서 말하는 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 근무 시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는 지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장 제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.</p>
(B)	<p>다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적 으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.</p>

2006년 판결은 그 이전에 적용되고 있던 기준과 비교하였을 때 (B)부분을 추가로 언급하고 있는 점과 (A)부분에서 종래의 ‘구체적이고 직접적 지휘·감독’을 ‘상당한 지휘·감독’으로 완화한 점이 주요 변동사항으로 꼽히고 있으며, 그 결과 근로자성 인정범위가 이전의 판결에 비해 확장되어 비전형적 고용형태의 증가 등과 같이 사회전체로 확대된 사용자 책임 회피 경향에 최소한의 견제역할을 할 수 있게 되었다고 평가되고 있다.

대상판결의 판결문을 보면 얼핏 항소심 법원 역시 위 2006년 판결의 기준을 따르고 있는 듯이 보이나, 그 문구를 들여다보면 다음과 같은 두 가지 점에서 2006년 판결 이전과 같이 근로자성 인정범위를 좁게 보고 있음을 알 수 있다.

먼저, 대상판결은 판결문에서 (A)부분만 인용하고 (B)부분은 언급하지 않았다는 점이다. (A)부분이 근로관계의 실질 판단에 있어서의 사용종속성 판단시 고려할 요소를 열거한 것이라면, (B)부분은 이러한 요소 중에서도 근로관계 형성에 있어서 사용자가 우월적 지위에서 결정하는 급여지급형태, 4대 보험 가입여부, 세무처리 등과 같은 형식적 요소는 근로자성을 긍정하는 방향의 징표가 아니라, 부정하는 방향의 징표로 고려하는 경우에는 신중을 기하여야 하며, 형식적 요소에 실질적 요소와 동일한 가치를 부여하여서는 아니 된다는 취지를 덧붙인 것이다. 그렇다면 항소심 재판부가 (B)부분을 판결문에서 누락하였다는 것은 최근 대법원의 입장과는 달리, 형식적 요소도 실질적 요소 못지않은 가치를 가지는 것으로 판단하여야 한다는 의지를 표명한 것으로 이해할 수 있다. 항소심 재판부는 실제로 위 판결요지①과 ⑤에서 형식적 요소의 부재를 근로자성을 인정할 수 없는 근거로 제시하고 있는바, 이러한 태도가 비전형 고용이 횡행하는 작금의 현실 문제에 대응하지 못한다는 데 문제가 있다.

다음으로, 2006년 판결 이전과 같이 근로자성 인정범위를 좁게 보고 있음을 알 수 있는 부분은, 대상판결이 (A)부분을 인용하고는 있지만, 아래와 같이 마치 2006년 판결 이전의 법리와 같이 이를 엄격하게 적용하고 있다는 점이다.

첫째, ‘상당한 지휘·감독’을 하는지 여부를 판단기준으로 제시하고 있으면서도 정작 판결요지②의 말미를 보면 ‘구체적이고 직접적인 지시나 통제를 받은 것이라고 보기는 어렵다’라고 명시하여 실제 판단과정에서는 과거

의 기준을 적용했음을 알 수 있다. 이 점에서 대상판결은 근래 적용되고 있는 대법원의 이론을 이해하지 않은 채 만연히 과거의 기준을 적용하였다는 비판을 피하기 어렵다. 나아가 판결문 모두에 제시한 기준과 실제 적용한 기준이 다르다는 점에서 재판 심리가 부적절하였다는 문제도 있다.

둘째, 대상판결이 (A)부분에서 제시된 사용종속성의 기준을 판단함에 있어, ‘근로자라 주장하는 자(이 사건의 경우 지입차주)의 이익을 위한 것이었는지 여부’를 고려하고 있다는 점이다. 판결요지②는 소외 회사가 근무시간 및 장소, 거래처, 광고 지정 등을 하였다는 사실을 인정하면서도 이러한 조치들이 (소외 회사뿐 아니라) 지입차주들의 수익 극대화를 위하여 이루어진 것이라 평하며 지휘감독관계를 부인하고 있으며, 판결요지③은 망인이 자신의 업무를 제3자를 통해 대체한 사실이 없음을 간접적으로 인정하면서도 그러한 업무대체가 없었던 이유는 지입차주들에게 그에 대한 ‘경제상, 사실상’ 필요가 없었기 때문이라 평하여 지입차주들이 자신의 이익을 위해 제3자 대체 등을 하지 않았을 뿐이라고 판단하고 있다. 그런데 근로관계에서 지휘감독의 징표에 해당하는 요소들 중에 근로자의 경제적 이익과 배치되는 것이 과연 존재하는가? 사용자의 사업이 번창해야 근로자 역시 경제적 안정을 누릴 수 있다는 점에서 사용자와 근로자는 대외적 관계에서 경제적 이해를 같이하며 이것은 근로관계가 가지는 기본적 특성이라는 점에 비추어 볼 때, 사용자의 지휘감독은 오히려 근로자의 이익을 위한 것이기도 하므로 이를 지휘감독을 배척하는 근거로 삼는다면 근로자로 인정받을 수 있는 경우가 도대체 존재할 수 있는지 의문이 아닐 수 없다. 지휘감독 여부는 대법원이 제시한 (A)부분의 요소에 해당하는 것 - 이를테면 근무시간과 장소가 정해져 있었는지, 업무지시가 있었는지 등 - 이 존재한다면 그 사실만으로 지휘감독이 있었다고 보면 충분하며 그것이 근로자의 개인적인 경제적 이익을 위한 것이었는지 여부를 소극적 요건으로 살펴보는 것은 근로자성 판단의 논점을 흐려 그릇된 판단을 초래하게 된다는 문제점이 있다.

셋째, 대상판결은 사용자가 근로자에게 한 지시나 명령의 위반에 대한 제재나 그 준비행위가 실제로 이루어지고 있는지 여부로 복무관리유무를 판단하였다는 점이다. 판결요지④에서 소외 회사가 무단이탈에 대해 벌금 부과를 결정하였으나 실제로 관리되지는 않았으므로 소외 회사의 복무관리행위라 볼 수 없다고 인정한 부분이 그것이다. 그러나 사용자는 근로관계의 성격

상 지휘감독권을 가지며 이에 근거하여 어떤 지시나 명령을 하였다면 그것으로 지휘감독은 이루어졌다고 보아야 한다. 사용자가 자신이 한 지시나 명령이 실제로 집행되고 있는지에 대해 감독할지 여부는 사용자의 재량에 달려 있으며 이를 관리하지 않은 것은 사용자가 스스로 본인의 위험부담하에 행하지 않은 것에 불과하므로, 이를 근로자성을 판단하는 데 있어 고려요소로 삼는 것은 근로자성 인정여부를 사용자의 자의에 맡기는 것과 다름이 없다. 요컨대 사용자의 지휘감독여부는 실제 위반시 제재를 하였는지 여부가 아니라, 자신이 마음만 먹으면 언제든지 그 위반여부를 확인하고 제재를 취할 수 있었는지 여부, 즉 관리감독의 ‘가능성’의 문제로 접근해야 할 것이다. 한편, 판결요지④를 읽다 보면 소외 회사의 ‘결정’이 어느새 ‘지입차주들 사이의 내부규칙’으로 변질되었음을 알 수 있는데, 뒤집어 보면 이것은 소외 회사의 지입차주들에 대한 지배력이 상당하였음을 반증하는 것이라 볼 수도 있다. 즉 소외 회사의 지휘감독권한이 매우 강하여 회사가 직접 나서지 않더라도 지입차주들이 알아서 그 결정을 준수하였다는 것이다.

이상에서 본 바와 같이 대상판결은 대법원이 적용하고 있는 2006년 판결의 근로자성 판단기준과는 달리 과거의 판단기준을 적용하였다는 점에서 1심과 대조되는바, 특수형태근로종사자와 같은 비전형 고용이 만연한 시대상을 외면하고 과거회귀적인 입장을 취하였다는 점에서 아쉬움이 남는다. 이 사건은 상고가 제기되었는데, 대법원이 어떤 판단을 내릴지 관심을 갖지 않을 수 없다.

» 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

지입차주의 근로자성 판단 기준

- 울산지방법원 2017. 4. 13. 선고 2016구합6096 판결 -

【판결요지】

망인이 배송차량의 소유자로서 사업자등록을 하고 세금계산서를 발행하였다거나, 고용보험 등 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자의 지위를 인정받지 못하였다는 등의 사정은 근로자로서의 인정에 방해가 되지 아니한다. 망인은 도급회사로부터 업무수행과정에 있어 상당한 지휘·감독을 받았으며 도급회사 업무 외의 다른 업무를 수행할 수 없었다. 비교하여 수급회사는 도급회사로부터 업무내용과 운송료를 전달받아 망인 등 배송기사들에게 나눠주는 역할만을 하였다.

그렇다면 망인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 도급회사에게 근로를 제공하였다고 봄이 상당하여 「산업재해보상보험법」상의 근로자에 해당한다.

A회사는 갑(甲)회사와 물류위탁계약을 체결하여 갑(甲)회사 소속의 편의점(이하 ‘甲편의점’이라 함)에 소화물을 배송하는 사업을 하였다. 다시 A회사는 B회사와 ‘운송차량 용역계약’을 체결하여 B회사에게 자신이 갑(甲)회사와 체결한 부산·경남지역의 배송 업무를 다시 위탁하였다. 망인은 화물차량을 소유하고 개인사업자 등록을 한 지입차주로 B회사와 운송계약을 체결하여 甲편의점으로 소화물을 배달하였다. 망인은 2015. 6. 15. 21시경 물품을 배송하던 중 창원 내 도로 지지대를 충격하여 사망하였다. 망인의 유족들은 망인이 형식적으로는 지입차주이나 실질적으로는 A회사의 근로자 또는 특수형태근로종사자이므로 근로복지공단을 상대로 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’이라 함)상의 유족급여와 장의비를 신청하였다. 그러나 근로복지공단은 망인이 지입차주인 개인사업자이므로 근로자성을 부정하여 유족급여와 장의비의 부지급결정을 하였다. 이에 유족들은 법원에 근로복지공단을 상대로 유족급여 등의 부지급결정처분취소의 소를 제기하였다.

울산지방법원은 근로자성 판단기준의 잣대가 되는 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등의 내용을 근거로 사안의 사실관계를 하나씩 검토하

여 본다. 먼저 법원은 위 대법원 판결례의 내용에 따라 계약의 형식보다는 업무 수행 형태의 실질이 중요하므로 망인이 배송차량의 소유자로서 사업자 등록을 하고 세금계산서를 발행한 점은 근로자성을 판단하는데 영향을 미치지 않으며, 사회보장제도 내에서의 근로자성 인정 여부는 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 수 있기 때문에 역시 망인의 근로자성을 인정하는 데 방해가 되지 않는다고 판시하였다.

이러한 전제 위에서 법원은 망인의 적극적인 근로자성을 판단하기 위해 먼저 A회사가 망인에게 직접적인 ① 업무상 지휘·명령을 내렸는가를 살펴본다. A회사는 甲편의점에 배송할 물품의 종류와 도착 시각을 정하여 B회사에게 전달하였고 망인은 이 내용을 넘겨받아 그대로 수행하였다. 여기서 망인의 재량 여지는 없었다. 업무상 지휘·명령은 업무의 결과에 따라 인사 및 징계로 이어지는데, 이 경우 역시 A회사는 망인에 대해 甲편의점의 도착시각 측정, 지연 시 독촉, 관리직원의 배송차량 탑승을 통해 인사평가 및 지휘·감독을 하였다.

망인이 노무 제공을 통하여 이윤 창출과 손실의 초래 등 ② 위험을 스스로 안고 있는지 여부를 보면, 망인은 기본급 성격의 기본운송료와 야간 근무에 따른 추가운행수당, 휴무일 근무에 따른 휴무수당 등을 지급받았고, 실비 성격인 유류비 또한 보전받았으므로 특별히 자신의 이윤 창출과 손실의 초래 등 사업상 위험을 부담하지 않았다.

③ 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등의 여부를 살펴보면, 망인을 포함한 배송기사들은 다른 사람으로 하여금 자신의 업무를 대체하고자 할 때에는 반장을 통하여 A회사에 사유를 보고하고 승인을 받아야 했다. 그러지 않고 대체 운행을 할 경우 미운행 처리되었다.

④ 전속성에 대해서는 망인의 차량에는 甲편의점을 나타내는 글씨와 문양이 도색되어 있었고 근무시간의 대부분을 甲편의점의 소화물 배송업무를 수행하여 사실상 A회사에 전속적으로 근로를 제공하였다.

사실관계를 이런 기준에 비추어보면 망인의 근로자성은 뚜렷하게 인정된다. 그렇다면 A회사와 B회사 중 누가 망인의 사용자인가에 대해 법원은 A회사와 B회사 간의 관계를 살펴본다. B회사는 A회사로부터 배송에 관한 운송정보와 배송에 따른 운송료를 받아 배송기사들에게 재전달하는 역할만을 하였다. 그리고 B회사는 임직원이 3명에 불과한 회사로 60명에 달하는 소속

배송기사들의 업무를 지휘·감독할 능력이 없었고, 망인을 포함한 배송기사들에게는 운송계약을 체결한 상대방 회사가 누구인지는 큰 의미가 되지 못했다.

따라서 울산지방법원은 망인은 A회사의 근로자임을 판결하였다.

본 판결은 다음 2가지에서 시사점이 있다. 첫 번째 시사점은 대상자의 근로자성을 판단함에 있어 전속성에 주목한 점이다. 대법원 2004다29736 판결 이후 많은 사안에서 근로자성을 판단할 때 전속성은 중요하지 않는 잣대였다. 그러나 본 사안은 전속성도 근로자성을 판단하는 데 중요한 요소 중 하나로 실시하였다.

그동안의 사례에서 전속성이 그리 중요하지 않았던 이유는 실질적인 계약의 내용이 고용이든 도급이든 그 노무의 제공은 오로지 사업주에게 전속되어 있었기 때문이다. 그러나 특수형태근로종사자 등 여러 사업주에게 노무를 제공하는 고용 형태가 나타나면서 전속성 또한 검토할 필요성이 생겼다. 즉, 전속성은 근로자와 산재보험법 제125조상의 특수형태근로종사자를 나누는 기준이 된다. 전속성과 기타 근로자성의 인정 요건을 모두 갖추지 못했다면 근로자와 산재보험법상의 특수형태근로종사자로 인정받을 수 없지만, 전속성은 있되 다른 근로자성의 인정요건을 긍정할 수 없다면 산재보험법상의 특수형태근로종사자만이 된다.

두 번째 시사점은 수급(용역)회사(B회사)가 아니라 도급회사(A회사)를 근로자의 사용자로 인정하였다는 점이다. 근로자성 판단의 또 다른 주요 판례인 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두9471 판결 역시 지입차주로 사고를 당한 망인의 직접적인 근로자성 인정 여부가 쟁점이었다. 이 사안의 경우 화물운송회사는 망인을 직접 고용하였지만, 이제는 중간에 허수아비 용역회사를 개입시킴으로써 근로자들에 대한 법령상의 책임을 회피한다. 책임회피를 위한 간접고용의 다단계가 아닐 수 없다. 이러한 추세에 대해 법원은 용역회사가 아닌 도급사업자를 사용자로 인정하여 그러한 위장이 무의미함을 판결하였다.

근로자성 판단의 문제가 비단 산재보험법에서만 일어나는 것은 아니지만 산재보험법에서 살펴봐야 하는 것은 산재보험법상 근로자의 정의가 「근로기준법」상 근로자의 정의와 동일하다는 것이다(산재보험법 제5조 제2호). 「근로기준법」의 목적이 근로기준 설정을 통한 근로자의 생활 향상이라면 산재

보험법은 사회보험법으로서 근로자의 재해 보상과 재활 및 신속한 복귀를 목표로 하여 그 목적이 상이하다. 그럼에도 불구하고 동일한 근로자 개념을 사용하는 것은 편의성 외에는 설명되지 않는다. 따라서 산재보험법상의 근로자 개념의 범위를 좀 더 확대하여 이러한 분쟁을 입법적으로 해결하여야 한다.

» 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

고시원 총무의 근로자성 등

- 서울중앙지방법원 2017. 6. 23. 선고 2017노922 판결 -

【판결요지】

(1) 고소인들의 업무가 근무시간 내내 이어지지 않고, 정해진 업무를 하지 않는 시간에는 자유롭게 공부를 하거나 자신의 업무를 처리할 수 있었던 것으로 보이기는 한다. 그러나 이러한 사정들은 고시원 총무가 감시, 단속적 근로자에 해당한다고 볼 근거는 되겠지만, 근로자성 자체를 부정할 수 있는 사유는 되지 못한다.

(2) 피고인은 특별한 시간의 제약이 없이 그때그때 필요한 업무지시를 고소인들에게 하였고, 고소인들은 피고인의 돌발적인 업무지시를 이행하였던 것으로 보인다. 이러한 사정들을 감안하면, 고소인들이 특별한 업무가 없어 휴식을 취하거나 공부를 하는 등으로 시간을 보냈다고 하더라도, 그 시간은 피고인의 지휘명령으로부터 완전히 해방되고 자유로운 이용이 보장되는 휴게시간이 아니라 근로를 위한 대기시간에 해당한다고 봄이 타당하다.

(3) 고소인들은 피고인에게 최저임금과의 차액 상당임금을 청구할 때에는 자신들이 월 40만 원의 급여를 지급받았음을 전제로 하였던 반면, 퇴직금은 월 89만 원의 급여를 지급받음을 기초로 산정해 청구하여 그 주장이 일관되어 있지 않았다. 또한 피고인이 고소인들에게 제공한 방의 경우에도 이것이 시혜적으로 제공한 것인지, 임금의 일부로서 지급한 것인지 그 성격이 객관적으로 뚜렷하지 않다고 볼 여지도 있다(임금은 금품청산이 원칙이지만, 고소인들의 필요에 의하여 임금과 방 사용료를 상계하기로 합의하였다고 보면 그 합의의 효력을 인정할 수도 있을 것이다). 이러한 사정들에 원심이 자세하게 실시한 분쟁의 경과와 고소인들이 요구한 내용이 변경되어 온 경위까지 보태어 보면, 피고인이 임금채무의 존부와 범위에 관하여 다툴 만한 근거가 있었다고 볼 수 있다.

이 사건과 관련된 법적 쟁점들을 논리적 순서에 따라 배열해 보면 ① 고시원 총무인 고소인들이 「근로기준법」상 근로자로 인정되는지, ② 고소인들이 「근로기준법」상 근로자로 인정된다면 이들에게 지급해야 할 임금계산의 전

제가 되는 ‘실근로시간’은 어떻게 산정해야 하는지(휴게와 대기시간의 구분), ③ 피고인이 이러한 ‘실근로시간’에 최저임금을 곱하여 산정한 금액을 임금의 정지지급일에 전액 지급하였는지(임금체불죄의 성부), ④ 고소인들이 퇴직한 이후 임금과 퇴직금을 법정기일 내에 청산하였는지(금품청산죄의 성부) 여부가 차례로 문제될 것이다.

이러한 쟁점들에 대하여 대상판결은 ① 고시원 총무인 고소인들은 「근로기준법」상 근로자이고, 따라서 피고인이 고소인들을 고시원 총무로 사용하는 대가로 일정한 금원을 지급하는 동시에 고시원의 방을 이용하도록 한 계약은 근로계약에 해당하므로 이러한 근로계약을 체결하면서 임금 등 근로조건이 명시된 서면을 근로자에게 교부하지 않는 것은 「근로기준법」 제114조 제1호, 제17조 위반죄를 구성하고, ② 피고인은 특별한 시간의 제약이 없이 고소인들에게 업무지시를 하고 고소인들은 이에 응하여 업무지시를 이행하였으므로 고소인들은 피고인의 지휘명령으로부터 완전히 해방되고 자유로운 이용이 보장되는 휴게시간을 부여받은 사실이 없는 바 이는 「근로기준법」 제110조 제1호, 제54조 제1항 위반죄를 구성한다고 판단하였는바, 이러한 판단에 전적으로 동의한다. 특히 “고소인들의 업무가 근무시간 내내 이어지지 않고, 정해진 업무를 하지 않는 시간에는 자유롭게 공부를 하거나 자신의 업무를 처리할 수 있었던 것으로 보이는 한다. 그러나 이러한 사정들은 고시원 총무가 감시, 단속적 근로자에 해당한다고 볼 근거는 되겠지만, 근로자성 자체를 부정할 수 있는 사유는 되지 못한다.”는 판시는 매우 유의미하고, 대상판결이 확정될 경우 향후 고시원 총무의 근로자성 판단에 관한 선례로서의 가치를 갖게 될 것으로 평가된다. 다만 대상판결은 위 ③, ④의 쟁점과 관련하여 “피고인이 임금채무의 존부와 범위에 관하여 다룰 만한 근거가 있었다.”는 이유로 무죄로 판단하였는 바, 대상판결의 이러한 판단은 아래와 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

(1) 체불된 임금액이 정확하게 산정되어야만 「근로기준법」 제109조, 제43조 위반죄의 성립을 인정할 수 있는가? 체불된 임금액은 양형에서 고려되어야 할 사정일 뿐, 범죄의 구성요건은 아니라고 할 것이다. 피해액에 따라 적용법조가 달라지는 범죄(예컨대, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」상 배임죄 등)라면 피해액이 범죄구성 요건이 되겠지만, 전형적인 채무불이행죄

인 임금체불의 경우 미지급된 임금액은 양형의 사유일 뿐 범죄구성 요건으로 볼 수는 없다. 따라서 검사가 미지급된 임금액을 명확하게 입증하지 못하였다고 하더라도 적어도 「최저임금법」에 따른 최저임금액을 기초로 산정된 금액보다 단 1원이라도 덜 지급했다면 유죄로 판단했어야 할 것이다.

(2) 대상판결의 판시 중 “임금은 금품청산이 원칙이지만, 고소인들의 필요에 의하여 임금과 방 사용료를 상계하기로 합의하였다고 보면 그 합의의 효력을 인정할 수도 있을 것이다”는 내용은 “사용자가 근로자에 대하여 가지는 채권으로써 일방적으로 근로자의 임금채권과 상계하는 것은 금지되지만, 사용자가 근로자의 동의를 얻어 상계하는 경우에 그 동의가 근로자의 자유로운 의사에 터 잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제42조 제1항 본문에 위반하지 아니한다.”는 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000다51544 판결에 반한다. 나아가 이러한 판단은 현물로 임금을 지급하는 truck system이라는 위법한 관행도 근로자만 동의하면 인정될 수 있다는 잘못된 시그널을 줄 수 있다.

(3) “임금채무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있었다.”는 이유로 「근로기준법」 제109조, 제43조 위반죄의 성립을 부정하는 것은 결국 피고인의 ‘책임고의’를 부정하는 판단으로 이해해야 할 것이다. 단 1원이라도 임금이 체불되었다면 임금체불죄의 객관적 구성요건은 충족된 것이고, 사용자가 자신이 근로자에게 지급한 금원의 액수가 얼마인지 인식하는 한, 객관적 구성요건 사실에 대한 인식과 인용으로서의 구성요건적 고의의 존재는 문제되지 않을 것이다. 따라서 임금체불의 경우 사실의 착오로 구성요건적 고의가 조각되는 경우는 상상하기 어렵다(역지로 사례를 만들어보자면, 자기앞수표로 임금을 지급하였는데 알고 보니 그 수표가 위조수표였다는 정도의 사례에서나 사실의 착오가 인정될 수 있을 것이다). 그렇다면, 대상판결의 “임금채무의 존부와 범위에 관하여 다툼 만한 근거가 있었다.”는 판시는 결국 사용자의 금지의 착오에 ‘정당한’ 이유가 있고, 따라서 책임이 조각된다는 평가라고 이해된다. 즉, 대상판결은 피고인의 ‘책임고의’를 부정한 것이고, 일상용어로 바꾸어 말하면 결국 대상판결은 피고인이 임금을 체불한 것은 사실이지만 그럴만한 ‘정당한’ 사정이 있다고 평가한 것이다. 그러나 “법률

의 부지는 용서받지 못한다.”는 법언(法諺)이 보여주듯 금지의 착오의 정당성은 매우 예외적으로 인정되어야 할 것이라는 점에서 대상판결의 판단은 동의하기 어렵다.

(4) 마지막으로, 사실인정은 사실심 법원의 전권이기는 하지만 대상판결 스스로 인정하고 있는 ‘고소인 중 한 명은 2014. 3. 5경부터 2015. 7. 26경까지 1일 7시간씩 근로하였고, 다른 한 명은 2014. 9. 5경부터 2015. 9. 25경까지 1일 8시간씩 근로하였다’는 사실(대상판결 5면 참조)과 위 기간에 적용될 최저임금액(2014년: 시간급 5,210원, 2015년: 시간급 5,580원)을 고려해 볼 때, 고소인들이 사용한 고시원 방값 월 49만 원을 임금으로 인정하여 월 급여액을 89만 원으로 인정하는 경우에도 이러한 금액이 위 실근로시간에 최저임금을 적용하여 산정한 금액에 미치지 못한다면 임금체불죄의 성립을 인정되었어야 옳다고 생각된다.

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

근로조건 결정규범

택시업계 최저임금을 둘러싼 노사합의의 효력

- 대법원 2017. 2. 15. 선고 2016다32193 판결 -

【판결요지】

택시업계에 시행되는 최저임금 적용에 대하여 임금협상이 끝날 때까지 최저임금 적용을 유예하기로 한 노사합의는 새로운 단체협약이 체결될 때까지 최저임금 상당 임금의 지급을 잠정적으로 유예하는 취지에 불과할 뿐, 최저임금 상당 임금의 지급 여부 자체를 후속 단체협약에 따라 결정하기로 한 것이라고 볼 수 없다. ... 새로운 단체협약 등을 체결하면서 시행 시기를 소급하고 그동안 최저임금 이상의 임금이 지급된 것으로 노사가 합의한 것으로 하더라도, 구체적인 지급청구권이 발생한 이상 이 조항을 근거로 회사의 최저임금 차액 등의 지급의무가 당연히 소멸하는 것은 아니고, 임금 등을 청구하는 것이 신의성실에 반하는 것도 아니다.

택시업계의 임금체계는 하나의 회사에서 동일한 형태의 근무에 대하여도 복수 임금제도가 시행되고 있을 만큼 논란의 여지가 많다. 특히 2009년 택시업계에 대한 최저임금제 도입이 이루어지는 과정에서 ‘생산고에 따른 임금’이 최저임금 산입 범위에서 제외되면서,¹⁾ 이를 둘러싸고 노사 양자의 이해

1) 2009년 「최저임금법」 개정에 따라 「여객자동차 운수사업법」 제3조 및 같은 법 시행령 제3조 제2호 다목에 따른 일반택시운송사업에서 운전업무에 종사하는 근로자의 최저임금에 산입되는 임금의 범위는 생산고에 따른 임금을 제외한 대통령령으로 정하는 임금이다(제6조 제5항). 이때 대통령령으로 정하는 임금이란 단체협약, 취업규칙, 근로계약에서 정해진 지급 조건과 지급률에 따라 매월 1회 이상 지급하는 임금을 말한다. 단, ① 소정근로시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금 ② 근로자의 생활

관계를 조정하고자 하는 시도들이 이루어져 왔다.

택시업계 최저임금을 일반 최저임금과 별도로 규정한 이유는 택시 운전근로자들이 받는 임금 중 고정급의 비율을 높여 운송수입이 적은 경우라도 최저임금액 이상을 받도록 하기 위함이다.²⁾ 그러나 이후 현실에서는 기존 소정근로시간을 축소하는 방식의 노사 합의들을 통하여 ‘최저임금 보장과 사납금 인상’ 사이의 조율을 시도하여 왔으며, 이러한 합의에서는 이를 소급하여 개별 근로자가 이의제기를 하지 못하도록 하는 노사 합의문을 작성하는 경우도 발생하였다. 대상판결도 이러한 맥락에서 나타난 사건으로, 최저임금 적용 유예 등에 대한 합의와 이후 새로 체결된 변경협약에 따른 소정근로시간 단축 합의의 소급적용에 대한 단체협약의 유효성과 퇴직 근로자에게 미치는 효력 및 집단적 합의의 방식으로 개별 근로자의 임금포기라는 처분행위를 하는 것에 대한 정당성, 근로자들의 차액 지급 청구가 신의성실의 원칙에 위배되는지 여부를 판단한 사건이다.

이 사건의 구체적인 사실관계는 다음과 같다. 피고(주식회사)는 경주시에 서 일반택시운송사업을 영위하고 있으며 사납금 제도를 운영하여 왔다. 2007년 12월 27일 신설된 최저임금법 제6조 제5항(이하, ‘이 사건 법률 조항’)에 대비하여 피고가 포함된 사용자 측은 노동조합(피고회사 노동조합 등의 위임을 받은 전국민주택시노동조합연맹 경주지부)과 2010년 5월경부터 단체교섭을 진행하였으나 타결이 이루어지지 않자, 2010년 7월 29일, 양 측은 ‘2010년 7월 1일부터 시행되는 최저임금 적용에 대하여 임금협상이 끝날 때까지 최저임금 적용을 유예하고, 단체협약이 만료되었더라도 새로운 단체협약이 체결되기 전까지 기존의 단체협약이 계속 유효한 것으로 한다’³⁾는 내용의 합의(이하, ‘이 사건 합의’)를 하였다. 그 후 피고와 노동조합이 2012년 10월

보조와 복리후생을 위하여 지급하는 임금은 임금에 산입하지 아니한다(동법 시행령 제5조의2). 이 규정은 부칙에 따라 특별시 및 광역시는 2009년 7월 1일부터, 제주특별자치도 및 「지방자치법」 제2조 제1항 제2호의 시 지역에 대하여는 2010년 7월 1일, 그 외의 지역에 대하여는 2012년 7월 1일부터 시행하였다.

- 2) 「최저임금법」 제·개정 이유[시행 2009. 7. 1.] [법률 제8818호, 2007. 12. 27., 일부개정].
- 3) 이 사건 법률 조항이 시행되기 앞서, 피고 소속 택시운전근로자 노동조합과 피고가 2007년 체결한 임금협정 및 2009년 체결한 단체협약에 의하면, 소정근로시간은 ‘1일 7시간 20분, 주 44시간, 월 만근 25일’, 차종별 1일 사납금은 ‘48,000원 또는 54,000원’으로 정해져 있었다.

30일에 2012년도 단체협약 및 임금협정, 보충임금협정(이하, ‘이 사건 변경협약’)을 체결하면서 시행 시기를 2010년 7월 1일로 소급하면서 최저임금 이상의 임금이 지급되었음을 노사가 합의한 것으로 정하였다.⁴⁾ 이에 피고 소속 택시운전근로자로 근무하였거나(변경협약 체결 이전에 퇴직한 자 포함) 근무하고 있는 원고들이 피고를 상대로 위 조항에 따른 최저임금과 피고가 실제로 지급한 임금의 차액 등의 지급을 청구한 사안이다.

원심은 피고에게 최저임금 차액 등 지급의무가 있지만 2010년 7월 1일 이후의 최저임금 관련 내용은 이 사건 합의 당시에 이미 이 사건 변경협약의 내용대로 적용하기로 정해진 것이므로, 이는 구체적인 임금청구가 발생하지 않은 상태로 최저임금 차액 등 지급의무를 소멸시키는 합의라고 보았다. 나아가 이 사건 변경협약은 원고들이 모두 재직하던 시기에 체결된 이 사건 합의를 통하여 이 사건 변경협약이 체결되기 이전에 퇴직한 일부 근로자들에게도 효력을 미친다고 보았다. 또한 단체교섭 기간 동안 종전의 임금제도에 따르며 이 사건 법률조항에 따른 고정급을 요구하지 않고 있어 피고로서는 최저임금 차액을 청구하지 않을 것이라고 기대하였으며, 이 사건 변경협약은 기존의 단체협약에 비하여 실질적인 임금총액이 줄지 않았기 때문에 원고들의 청구는 피고의 정당한 신의에 반하는 권리행사라고 하였다.

그러나 대법원은 이 사건 합의의 내용은 이 사건 법률조항의 시행에 따른 새로운 단체협약이 체결될 때까지 잠정적으로 유예하는 취지에 불과할 뿐 최저임금 상당 임금의 지급 여부 자체를 후속 단체협약에 따라 결정하기로 한 것으로 보기 어렵고, 이후 합의를 통하여 단체협약의 효력 발생 시기를 2010년 7월 1일로 소급하기로 미리 약정하였다고 보기 어렵다고 하였다. 또한 이 사건 변경협약 체결 이전에 퇴직한 일부 원고들의 경우 이 사건 변경협약의 효력이 미치지 아니하며,⁵⁾ 나머지 재직 중인 원고들의 경우에도 이 사건 변

4) 이 사건 변경협약에 따르면, 소정근로시간은 기존보다 단축된 ‘1일 3시간 20분, 주 20시간, 월 만근 25일’로 정하고, 1일 사납금은 5,000원을 인상하고, 임금은 총액을 기준으로 월 100,000원을 인상하며, 그 시행 시기를 2010. 7. 1.로 소급하되, 임금 및 사납금 인상분은 2012. 7. 1.부터 적용하기로 하였다.

5) 퇴직한 근로자의 임금차액청구에 대하여는 ... 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후 해당 사업장에서 근무하면서 단체협약의 적용을 받게 될 조합원이나 근로자에 대해서만 생길 뿐, 단체협약 체결 이전에 퇴직한 근로자에게는 효력이 미칠 여지가 없다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000다18127 판결 등 참조).

경협약 체결 이전에 이미 이 사건 법률 조항에 의하여 구체적으로 그 지급청구권이 발생함으로써 원고들에게 귀속된 최저임금 상당 임금에 대하여 원고들의 개별적인 동의나 수권을 받지 아니한 이상, 노동조합이 이 사건 변경협약만으로 그에 관한 권리를 포기하는 처분행위를 할 수 없다고 판단하였다.⁶⁾ 신의성실원칙에 대하여는 단체협약 체결의 지연이 운전근로자 측 일방에만 있다거나 그로 인해 최저임금 차액 청구를 하지 않을 것이라는 신의를 피고에게 공여했다고 볼 수 없다는 점, 피고의 최저임금 지급의무 소멸에 대한 합의 내용에 구속되지 않는 원고들이 이 사건 변경협약을 통하여 피고에게 어떠한 신의를 공여하였다고도 할 수 없다는 점, 피고는 이 사건 합의 ‘최저임금 지급 요구자에 대하여 노사가 공동으로 설득한다’는 내용을 포함시켜 원고들의 최저임금 차액 청구의 가능성을 예상하였던 점 등을 종합하면 원고들의 청구가 신의칙에 반하는 권리행사로 보기 어렵다고 판단하였다.

그간 몇몇 하급심 판결에서는 택시업종의 최저임금 적용에 따른 소정근로시간 단축 등을 합의한 사안에 대하여 노사합의 결과를 소급하는 단체협약을 부정하고 임금지급의무를 인정한 사례와 신의칙에 근거하여 단체협약을 유효하다고 보면서 임금지급의무를 부정한 사례가 혼재하였다.⁷⁾ 이러한 상황에서 대상판결은 이미 발생한 임금청구권에 대하여 단체협약 등 집단적 합의로 그 지급 책임을 면하는 것은 허용되지 않는다는 일반 원칙에 근거하여, 최저임금법의 취지에 따른 임금청구권을 인정하였다는 점에 의의가 있다.

다만 이러한 문제점이 발생하게 된 근본적인 원인은 사납금제로 대변되는 택시업종에서 최저임금 자체가 ‘생산고에 따른 임금제’를 기본으로 하고 있음에도 불구하고 이를 제외한 채 최저임금을 산정하도록 한 것에 있다. 그러므로 이 사건 노사합의는 개별 근로자의 이익을 고려하지 않은 합의라기보다는 현실을 감안하지 못한 제도에 대응하는 과정에서 나타난 궁여지책으로

6) 재직 중인 근로자에 대하여는 이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에, 근로자로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않은 이상, 노동조합이 사용자와 체결한 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다(대법원 2000. 9. 29. 선고 99다67536 판결 등 참조).

7) 김기선(2016), 「택시업종의 최저임금-창원지방법원 2016. 1. 14. 선고 2014나33240(본소), 2015나36192(반소) 판결(대상판결1)」, 『노동판례리뷰 2016』, 한국노동연구원, pp.49-53.

볼 수 있으며, 보다 근본적으로 생산고에 따른 임금을 제외한 택시업종 최저 임금제에 대한 현실 타당성이 재검토되어야 할 것이다.⁸⁾

» 김근주(한국노동연구원 부연구위원)

8) 김기선(2016)에서는 배규식·이문범(2015), 『택시업종 최저임금 현장연구 및 제도개선 방안』, 고용노동부 학술연구용역, p.115를 인용하면서, 이러한 문제를 해결하기 위해서는 업적급, 성과급 등 생산고에 따른 임금도 최저임금 산입범위에 포함되도록 최저임금법을 손보는 것이 필요하다고 제언하고 있다. 참고로 배규식·이문범(2015)에서 소개하고 있는 택시업계의 주요 임금제도를 살펴보면 다음과 같다.

구 분	사납금제	전액관리제		도급제
		업적급제	성과급제	
사납금 (도급료)	있음	없음	없음	· 운전자가 사업주에게 일정한 도급료를 지불
고정급	사납금에 상응	일정정도 보장	· 평균 운송수입의 50%를 임금으로 하고, 이 중 80%를 고정급으로 함	· 사업주로부터 받는 임금이 전혀 없음
연료비	· 고정급과 더불어 사납금에 상응하는 일정 연료비를 회사에서 지급하고 그 이상의 연료비는 운전자 부담	전액 회사 부담	전액 회사 부담	· 운전자가 운행에 필요한 일체의 경비(교통사고 비용 포함) 부담
운송수입금 (업적급/성과급)	사납금 초과액	· 전액 회사에 납입 · 운송수입금 기준액을 초과하는 운송수입의 60%를 운전자에게 지급(업적급)	· 전액 회사에 납입 · 평균 운송수입의 50%를 임금으로 하고, 이 중 20%를 성과급으로 함	

임용행위의 하자로 임용이 소급적으로 취소된 사실상 공무원에 대한 취업상 의문점

- 대법원 2017. 5. 11. 선고 2012다200486 판결 -

【판결요지】

임용결격자가 공무원으로 임용되어 사실상 근무하여 왔다 하더라도 적법한 공무원으로서의 신분을 취득하지 못한 자로서는 공무원연금법이나 근로자퇴직급여 보장법에서 정한 퇴직급여를 청구할 수 없다. 이와 같은 법리는 임용결격사유로 인하여 임용행위가 당연무효인 경우뿐만 아니라 임용행위의 하자로 임용행위가 취소되어 소급적으로 그 지위를 상실한 경우에도 마찬가지로 적용된다. ... 임용결격공무원 등이 입은 손해, 즉 임용기간 중 이 사건 근로의 대가로서의 손해액에 해당하는 공무원연금법상 기여금 관련 금액 및 퇴직에 따라 지급받을 수 있는 이 사건 근로의 대가로서의 손해액에 해당하는 근로자퇴직급여 보장법상 퇴직금 상당액의 합계가 국가 또는 지방자치단체의 이득액에 해당하는 공무원연금법상 퇴직급여 상당액을 넘는 경우에, 국가 또는 지방자치단체가 반환하여야 할 부당이득액은 공무원연금법상 퇴직급여 상당액으로 제한된다.

본 판결은, 공무원으로 재직했던 원고가 임용 당시의 하자로 인해 추후 임용이 소급적으로 취소된 후 공무원연금법상의 퇴직급여의 지급을 청구하였으나 공무원연금공단에서 이를 거부하며 원고가 근무기간 동안 납부한 기여금만을 반환하자, 원고가 그 동안 자신의 근로제공으로 얻은 부당이득을 추가로 반환하라는 취지로 소를 제기한 것에 대한 판단을 담고 있다. 법원은, 부당이득은 손해액과 이득액 중 적은 범위에서 반환된다는 부당이득 반환의 법리를 전제로, 사실상 공무원으로 재직하였던 원고의 손해액(근로의 대가)에 해당하는 근로자퇴직급여보장법상 퇴직금 상당액의 합계가 국가 또는 지자체의 이득액에 해당하는 공무원연금법상 퇴직급여 상당액을 넘는 경우, 국가 또는 지자체가 반환하여야 할 부당이득액은 공무원연금법상 퇴직급여 상당액으로 제한된다고 보았다. 임용결격공무원의 퇴직급여 상당액에

대한 반환범위와 관련하여 부당이득에 관한 법리를 적용한 법원의 판단 자체는 문제가 없다고 본다. 다만 대상판결에서 주목해야 할 부분은 원고의 임용결격사유에 관한 법적 취급에 관한 부분이다.

국가공무원법 제33조 및 지방공무원법 제31조는 공무원의 임용결격사유를 규정하고 있고 이는 국가공무원법 제69조 및 지방공무원법 제61조의 당연퇴직사유와 연동되어 있다. 예컨대, 국가공무원법상 임용결격사유로 규정된 것은 ‘1. 피성년후견인 또는 피한정후견인, 2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자, 3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자, 4. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 자, 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 자, 6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 자, 6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자, 7. 징계로 파면처분을 받은 때부터 5년이 지나지 아니한 자, 8. 징계로 해임처분을 받은 때부터 3년이 지나지 아니한 자’이고 이는 동시에 당연퇴직사유에 해당한다(다만, ‘금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 자’는 「형법」 제129조부터 제132조까지 및 직무와 관련하여 같은 법 제355조 또는 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 해당한다). 이는 지방공무원법의 경우에도 마찬가지다.

공무원법 소정의 임용결격사유가 존재함에도 이를 위반한 임용행위의 효력은 당연무효이며, 사후의 임용취소처분은 당사자에게 원래의 임용행위가 당초부터 당연무효였음을 통지하여 확인시켜 주는 행위에 불과하다는 것은 판례의 확고한 태도이다.¹⁾ 또한 그러한 취지의 임용취소가 설령 존재하더라도 이는 공무원의 신분을 새롭게 상실시키는 형성적 행위가 아니기 때문에 원칙적으로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정행위라고 볼 수도 없다고 한다.²⁾ 나아가 판례는 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호 소정의

1) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결; 대법원 1995. 10. 12. 선고 95누5905 판결; 대법원 1997. 7. 8. 선고 96누4275 판결; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다61012 판결.
2) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누2687 판결; 대법원 1985. 7. 23. 선고 84누37 판결.

형이 선고된 이상 그 후 특별사면에 의하여 형선고의 효력이 상실되었다 하더라도 사면의 효과가 소급되는 것은 아니므로, 임용행위가 당연무효가 되는 데에는 아무런 지장이 없다고 본다.³⁾ 그리고 당연무효의 효과는 그 임용행위시에 소급되는 것이므로⁴⁾ 사면이 있다고 하여 공무원 신분을 새로이 취득하거나 근로관계가 새롭게 성립된 것으로 볼 수도 없다고 한다.⁵⁾ 게다가 판례는 임용결격공무원에 대한 임용취소처분에 있어 그 임용행위에 국가의 과실이 존재하였는지 여부에 대해서도 지금까지 문제 삼은 바 없다. 즉 임용당시에 결격사유가 있기만 하였다면 국가의 과실로 이를 밝혀내지 못하였더라도 그 임용행위는 당연무효로 보았다.⁶⁾ 임용결격공무원에 대한 임용행위를 당연무효로 보는 이상, 적어도 판례의 입장에 따라 때 그 하자의 치유는 불가능한 것으로 보게 될 것이다. 그렇다면보니 해당 임용결격공무원 자신이 사실상 공무원으로 재직했던 기간에 제공한 노무에 대한 보상을 받을 길은 국가 또는 지자체를 상대로 부당이득반환을 청구하는 것밖에 없는 것이다.

그런데 본 사안에서 간과해서는 안 될 부분은 원고가 임용결격공무원이었던 것은 맞지만 그 임용결격의 사유가 법률상 규정된 사유가 아니었다는 점이다. 사안에서는 원고가 1991년 지방보훈청 기능직사무보조원 시보로 신규 임용되어 근무하였는데 2007년에서야 지방보훈청 자체조사 결과 신규임용 당시 제출한 한글타자 자격증이 위조된 것으로 확인되어 2008년에 채용요건 결격으로 임용이 소급적으로 취소되었다. 사안에서의 원고는 임용 당초부터 법률상 결격사유가 있었던 것이 아니고 당시 임용권자가 요구한 자격요건을 갖추지 못했던 것이다. 즉 임용과 관련된 자격요건에 흠이 있었던 경우이다.

자격증 위조 자체는 분명 범죄가 맞다. 그렇지만 이에 대해 유무죄의 법적 판단을 받은 바 없는 상태에서 국가의 과실로 임용당시에 임용결격자임을 밝혀내지 못한 경우에도 상당한 기간이 지나서 임용취소를 하고 그 효과를 ‘소급적’ 무효로 돌리는 것이 과연 타당한 것인지는 검토가 필요하다고 본다. 왜냐하면, 법률상 임용결격 및 당연퇴직 사유에 해당하는 경우 사후적인 임용취소처분은 당연무효를 확인해주는 것에 불과하여 아무런 법적 효력이

3) 대법원 1983. 2. 8. 선고 81누121 판결; 대법원 1995. 10. 12. 선고 95누5905 판결.

4) 대법원 1998. 1. 23. 선고 97누16985 판결.

5) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다61012 판결.

6) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86누459 판결.

없는 사실행위로 보더라도 문제가 없다고 볼 수 있지만, 법률상 임용결격 및 당연퇴직 사유에 해당하지 않는 경우인데도 불구하고 자격요건이나 성적요건 등과 관련하여 임용 당시의 하자를 이유로 상당 기간 경과하여 임용을 취소하는 것의 법적 효과는 달리 보아야 할 여지가 있다고 보기 때문이다. 구체적인 근거는 이렇다.

첫째, 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있었음에도 불구하고 임용된 경우는 그 임용상의 하자를 법률상 규정된 결격사유라든가 당연퇴직사유와 동일한 수준에서 평가할 수 있는지 의문이 든다. 즉 공무원 임용취소는 신분을 박탈시키고 그를 공무원 관계에서 축출시키는 행위이므로 법률에 그에 관한 규정이 명시적으로 존재해야 한다고 보는데 현행 공무원법상 임용취소에 대해서는 명시적인 규정이 없다. 물론 행정청이 스스로 흠 있는 행정행위를 취소할 수 있다는 것은 보편적으로 인정되는 법리인 것은 맞지만, 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있어서 임용을 상당한 기간이 지나서 취소하는 것을 법률상 임용결격 및 당연퇴직 사유가 있어서 당연무효를 알리는 취지의 임용취소를 하는 것과 동일하게 취급할 수는 없다고 본다. 더구나 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있는 경우는 법률상 규정된 당연퇴직사유에도 속하지 않는다.

둘째, 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있는 상태에서 임용된 경우에 사후적으로 임용취소를 하고자 할 때 취소시점에서 충분히 하자치유 여부를 고려해볼 필요가 있다. 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있는 경우 사실 임용이 되면 안 되는 경우였지만, 이에 대해 국가가 제대로 거르지 못한 경우 공무원 임용행위 자체가 행정청의 단독행위라는 점에서 1차적으로는 국가 자신의 과실이 인정됨에도 불구하고, 법률에서 취소사유로 명시하고 있지 않는 상황에서 하자치유 자체를 전면적으로 부정하는 것은 국가 스스로 자신의 과실을 덮어버리는 행위이다. 더구나 그 임용된 자가 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있는 상태에서 임용되었더라도 사후적으로 얼마든지 필요한 자격 취득이나 업무능력 향상 등으로 임용 당시의 흠을 치유할 만한 여지가 있음에도 불구하고, 이러한 여지를 전혀 인정하지 않는 것은 국가 자신의 과실을 오롯이 해당 공무원의 책임으로 전가시키는 행위에 해당한다. 사안의 경우에도, 하자치유를 인정하여 임용취소되기까지 적법한 공무원으로 보고 임용취소의 효력을 장래효만 인정할 수는 없었을까 하는 의문이 들고, 그밖에 자격

증 위조는 임용 당시 존재했던 사유지만 그에 대한 은폐는 현재 진행형이므로 당사자가 그동안 공무원으로 재직하는 것은 유효하게 인정하되 임용에 있어 자격요건에 흠이 있다는 것을 발견한 시점에서 그에 대해 은폐행위를 이유로 한 징계처분을 통해 퇴직시킬 수는 없었을까 하는 의문도 든다.

셋째, 공무원의 경우 임용결격사유나 당연퇴직사유를 법으로 규정하면서도 ‘사실상 공무원’(de facto Beamte) 이론을 인정하여 공무원으로 될 수 없는 자가 사실상 공무원으로 재직하는 경우에 국민과의 관계에서는 공무원집행의 신뢰를 강조하여 그 노무제공의 효력을 유효로 인정하고 있다. 그런데 사실상 공무원 개인에 대한 관계에서는 그 노무제공의 가치를 달리 보는 것은 다분히 국가의 편의주의적 발상이며 일관성이 없는 태도이다. 더구나 사실상 공무원 이론이 임용결격자가 공무원으로 재직 중 행한 행정행위의 효력을 국민과의 관계에서 적용하기 위해 등장한 이론이긴 하지만 이 이론이 반드시 행정행위의 효력에 대한 국민의 신뢰보호의 측면에서만 적용되어야 할 논리필연적인 이유가 있는 것은 아닌 것 같다. 더구나 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있는 경우는 그 흠의 정도가 법률상 규정된 임용결격사유나 당연퇴직사유보다도 낮다.

넷째, 공무원 임용행위는 행정청의 행위이고 행정청은 자신의 행위에 대해 일정한 경우에 스스로 취소할 수 있는 권한이 있는 것이긴 하지만 그러한 취소에 대해 일률적으로 소급효가 적용된다고 보아서는 곤란할 것 같다. 자격요건이나 성적요건 등을 결여한 자에 대한 임용행위는 하자 있는 행정행위이므로 원칙상 취소할 수 있는 것은 맞지만 이 경우의 취소에 대해서 장래를 향하여 효력이 있는 것으로 보지 말아야 할 당위성 같은 것은 존재하지 않는다.⁸⁾ 물론 당사자에게 귀책사유가 존재하는 경우 취소의 소급효를 인정하는 것이 타당할 수 있다고 본다.

다섯째, 자격요건이나 성적요건 등에 흠이 있는 자에 대한 임용행위를 취소할 수 있다고 하더라도 그 임용행위를 취소해야 할 공익상의 필요성과 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익에 대한 비교형량의 필요성은 없는지 검토의 필요성이 있다. 공무원법상 공무원 임용을 취소할 수 있는 근거가

7) 조연민(2015), 「임용결격공무원의 퇴직연금수급권 제한에 관한 검토」, 『사회보장법학』 제4권 제2호, 한국사회보장법학회, p.12,33.

8) 같은 취지로, 박균성(2016), 『행정법강의』 제13판, 박영사, p.1051.

명백하게 규정되어 있는 것은 아닌 상황이므로 설사 흠있는 임용행위를 취소할 수 있다고 할지라도 그 취소에 있어서 비례의 원칙이 적용되어야 한다고 본다.

대상판결과 관련해서는 이상과 같은 의문이 있지만, 사실상 공무원으로 재직한 자에 대해 퇴직급여 등과 관련하여 어떻게 취급할 것인가 하는 것은 해석론의 문제라기보다는 결국 입법정책 혹은 사법정책의 문제인 것 같다. 이런 관점에서, 현재 공무원연금수급자의 누적, 평균수명의 확대, 공무원연금 재정적자 상황 등을 고려할 때, 법원이 대상판결과 같은 정책적 판단을 유지할 가능성은 앞으로도 매우 높을 것 같다.

» 노호창(호서대학교 법경찰행정학부 교수)

교원인사규정의 불이익 변경과 사립대학 교원의 재임용

- 대구고등법원 2017. 10. 12. 선고 2017나20556 판결: 확정¹⁾ -

【판결요지】

피고의 정관 및 교원인사규정이 취업규칙의 성격을 지니고 있다고 하더라도, 근로자들의 동의를 얻지 않고 이를 변경하는 때에는 그 변경으로 이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서 변경의 효력이 미치지 않을 뿐이고, 위 원고들과 같이 기간의 만료로 인해 신분을 상실한 후에 재임용절차에 의해 개정 정관 및 개정 교원인사규정에 따른 근로조건을 수용하고 새로 근로관계를 체결한 교원의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 개정 정관 및 개정 교원인사규정이 취업규칙으로서 유효하게 적용된다.

행정기관의 행정처분에 있어 국민의 신뢰보호 관점에서 개정 법령의 적용이 제한될 수 있는 것과 마찬가지로, 사립학교 소속 교원에 대한 재임용 처분에 있어서도 교원의 신뢰보호이익이 정관 등 개정된 규정의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 큰 보호가치가 있다면 개정 정관의 적용이 제한될 수 있다.

대상판결의 사실관계를 간단히 정리하면 다음과 같다. 피고 학교법인이 운영하는 경주대학교에서 부교수로 재직하고 있던 원고들은 2011. 11.부터 2012. 12.경까지 피고학원에 재임용 신청을 하였으나, 피고학원은 원고들이 기간만료로 인해 이미 면직되었다는 이유로 재임용심사절차를 이행하지 않았다. 이에 원고들은 2015. 1. 피고학원을 상대로 재임용거부처분무효확인청구 소를 제기하였고²⁾ 이러한 소송이 계속되어 있던 2015. 6. 30. 피고학원은 부교수의 재임용기간을 2년으로 단축하는 등의 내용으로 피고학원의 정관 및 교원인사규정을 개정하였다. 이후 피고학원은 2015. 7. 내지 11.경 원고들이 제기한 재임용거부처분무효확인청구 소의 1심에서 패소하자, 2015. 12. 29.

1) 대상판결은 피고 학교법인이 상고를 취하여 확정되었다.

2) 서울북부지방법원 2015가합20210호 및 대구지방법원 2015가합83호.

피고학원의 개정된 정관 및 교원인사규정에 근거하여 원고들을 임용기간 2년으로 재임용하였다. 그러자 원고들은 피고학원의 개정된 정관 및 교원인사규정에 근거하여 임용기간을 2년으로 정한 것이 무효임을 전제로 자신들의 임용기간은 재임용기산일인 2016. 3. 1.부터 6년이 되는 때까지라는 확인을 구하는 소를 제기하였다.

원고들의 이러한 청구에 대하여 대법원은 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다58364 판결 및 대법원은 2012. 6. 28. 선고 2010다17468 판결을 인용하여 “피고의 정관 및 교원인사규정이 취업규칙의 성격을 지니고 있다고 하더라도, 근로자들의 동의를 얻지 않고 이를 변경하는 때에는 그 변경으로 이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서 변경의 효력이 미치지 않을 뿐이고, 위 원고들과 같이 기간의 만료로 인해 신분을 상실한 후에 재임용절차에 의해 개정 정관 및 개정 교원인사규정에 따른 근로조건을 수용하고 새로 근로관계를 체결한 교원의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 개정 정관 및 개정 교원인사규정이 취업규칙으로서 유효하게 적용된다”고 판단하면서도, “행정기관의 행정처분에 있어 국민의 신뢰보호 관점에서 개정 법령의 적용이 제한될 수 있는 것과 마찬가지로, 사립학교 소속 교원에 대한 재임용처분에 있어서도 교원의 신뢰보호이익이 정관 등 개정된 규정의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 큰 보호가치가 있다면 개정 정관의 적용이 제한될 수 있음”을 전제로 원고들에 대한 재임용처분 중 재임용기간에 관하여는 개정 전의 정관 및 교원인사규정이 적용되어야 한다고 판단하였다.3)

대법원의 이유 중 사립학교 소속 교원에 대한 재임용처분에 있어서도 교원의 신뢰보호이익이 정관 등 개정된 규정의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 큰 보호가치가 있다면 개정 정관의 적용이 제한될 수 있다는 판시에

3) 다만, 현행 「사립학교법」 제10조 제1항은 “학교법인을 설립하고자 하는 자는 일정한 재산을 출연하고, 다음 각 호의 사항을 기재한 정관을 작성하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 교육부장관의 허가를 받아야 한다”고 규정하는 한편, 같은 항의 각목에서는 정관의 필요적 기재사항으로 목적, 명칭, 설치·경영하고자 하는 사립학교의 종류와 명칭 등을 열거하고 있을 뿐, 소속 대학의 교원의 근로조건을 정관의 기재사항으로 열거하고 있지 아니하다. 따라서 학교법인의 정관은 학교법인의 기관인 이사과 감사 등을 구속할 뿐이지, 정관의 내용이 소속 대학의 보수규정 등의 학칙(취업규칙)으로 구체화되거나 개별 교원과의 임용계약에 정관 준수사항을 삽입하는 등의 방식으로 근로관계의 내용으로 편입될 수 있음은 별론, 정관 자체는 학교법인에 소속된 교원의 근로조건에 관한 규범이 되지 못한다. 즉, 학교법인의 정관은 개념상 취업규칙으로 볼 수 없다.

필자도 전적으로 동의하며, 대상판결의 이러한 판시가 향후 사립학교 교원의 재임용과 관련한 다양한 쟁송에 있어서 중요한 선례로 기능하기를 기대한다. 다만, 이러한 판단에 선행하는 ‘기간의 만료로 인해 신분을 상실한 후에 재임용절차에 의해 개정 정관 및 개정 교원인사규정에 따른 근로조건을 수용하고 새로 근로관계를 체결한 교원의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 개정 정관 및 개정 교원인사규정이 취업규칙으로서 유효하게 적용된다’는 부분에 관해서는 이러한 판단은 대상판결의 원고들의 경우와 같이 기존의 임용기간이 만료되어 근로관계가 일용 종료된 후 수년이 경과한 다음에서야 재임용된 매우 이례적인 경우에 한하여 제한적으로 수긍가능한 해석이고, 종전의 임용기간의 만료 후 기간의 단속 없이 연쇄적으로 재임용이 되는 대부분의 경우에는 긍정되기 어렵다고 생각한다. 물론 대상판결이 인용하고 있는 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다58364 판결은 “피고가 운영하는 아주자동차대학의 정관이나 인사규정 등에 교원에 대한 재임용 의무를 부여하는 규정은 없으므로 아주자동차대학 교원의 재임용은 이전 임용기간이 만료된 후에 교원과 피고 학교법인과의 새로운 고용계약의 체결에 의하여 이루어지는데, 원고는 2000. 3. 1. 및 2003. 3. 1. 조교수로 각 재임용되었으므로 특별한 사정이 없는 한 원고는 재임용될 당시 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 새로운 고용계약을 체결한 것으로 보아야 할 것이어서, 위 재임용계약 이후에는 원고에 대하여 변경된 취업규칙인 개정된 보수규정이 적용되어야 한다”는 동 판결의 원심법원의 판단을 긍정한바 있다.⁴⁾ 그러나 이러한 쟁점에 관하여 위 2009다58364 판결과 입장을 달리하는 판결도 다수 발견된다.

(1) 대법원은 위 2009다58364판결이 선고된 이후, 대법원 2012. 6. 28 선고 2010다17468 판결(세한대학교 사건)에서는 ①“원심은 선정자 김○○, 송○○은 보수에 관한 규정이 성과급 연봉제로 변경된 뒤에 신규임용되면서 위

4) 동 판결에 대한 평석으로는 박은정(2011), 「사립학교 교원 재임용계약의 성질과 취업규칙의 불이익변경」, 『노동법학』 제40호, 한국노동법학회, p.312 이하 참조. 박은정 교수는 위 평석에서 “임용계약의 당사자에게 명시적으로 기존임용계약의 효력을 소멸시킨 후 새로운 임용계약을 체결하는 것으로 합의가 이루어지지 않는 한, 교원의 임용계약의 내용은 최초임용계약에서 합의된 내용이 될 것이고, 최초임용계약 이후 불리한 취업규칙의 변경에 대한 불이익 변경절차를 거치지 않았다면 재임용계약 이후에도 취업규칙의 불이익변경은 재임용 교원에게 영향을 미치지 않는다고 볼 수 있다”는 견해를 제시하였는바, 필자 또한 박은정 교수의 견해에 전적으로 동의한다.

연봉제 급여 지급 규정에 동의하고 피고와 연봉계약을 체결한 이상, 위 선정자들에게는 변경된 취업규칙에 따라 성과급 연봉제가 적용되어야 한다”는 동 판결의 원심의 판단을 유지하는 동시에, ②“원고 및 선정자 소외 1,2,3에게는 변경된 취업규칙에 따른 성과급 연봉제 규정을 적용할 것이 아니라 종전의 취업규칙에 의한 연공서열식 호봉제를 적용하여야 한다”는 원심의 판단이 정당함을 전제로 원고 등에게 지급할 승급된 호봉에 해당하는 기준급 등에 대한 심리미진을 이유로 파기환송하였다. 이처럼 대법원은 2010다17468 판결에서는 무효인 취업규칙의 변경 이후에 ‘신규임용’된 교원과 ‘재임용’된 교원의 법적 지위를 달리 취급하였다.

(2) 대구지방법원은 2012. 6. 1. 선고 2011가단65843 판결(영남외국어대학 사건)에서 “임용기간이 만료된 사립대학 교원의 경우, 신규임용된 교원과 달리, 종전에는 교원들의 동의를 얻지 않아 무효인 변경 취업규칙의 적용을 받지 않았던 사람으로서, 그 변경 취업규칙의 적용으로 인해 침해되는 기득이익이 존재하므로 …… 재임용 당시 재임용 대상 교원이 그 변경 취업규칙에 따른 근로조건을 수용한 것으로 일반적으로 간주하는 것은 타당하지 않다고 할 것이고, 이는 만약 그와 같이 간주한다면, 교원의 임용기간이 통상 2,3년 정도임을 고려할 때, 사립대학 운영자가 취업규칙의 내용을 소속 교원의 동의 없이 일방적으로 불리하게 변경한 후 2,3년이 경과할 때까지 기다리기만 하면 이를 소속 교원들에게 적용시킬 수 있어, 결국 「근로기준법」의 보호법으로서의 정신과 기득권 보호의 원칙 및 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정되어야 한다는 「근로기준법」 제4조의 규정취지에 비추어 기존 근로조건을 사용자가 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우 근로자 집단의 집단의사 결정방법에 의한 동의를 필요로 한다고 판시한 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결 등의 취지에도 전면으로 반하는 결과가 초래된다”고 판시하였다.⁵⁾

(3) 광주고등법원은 2015. 7. 17. 선고 2014나1965 판결(세한대학교 사건)에서 “원고들이 피고와 사이에 재임용계약 등을 체결할 당시 임용기간을 별도

5) 위 판결에 대하여 피고 경북학원이 항소하였으나 항소가 기각되었고(대구지방법원 2013. 5. 24. 선고 2012나13055 판결), 이에 피고가 상고하였는바 대법원은 사건을 파기 환송했고(대법원 2014. 9. 25. 선고 2013다47583 판결), 이후 파기환송심(대구지방법원 2014나16973호)에서 강제조정으로 사건이 종료되었다.

로 정하거나 퇴직금을 수령하였다는 자료가 없는 점, 위 원고들은 2008년경 피고를 상대로 광주지방법원 목포지원 2008가합462호로 임금청구소송을 제기하였는데 위 소송과정에서 위 원고들이 위 재임용 등 과정에서 위 연봉제를 근로조건으로 수용하고 새로운 근로관계를 갖게 되었다고 보기 어렵다는 취지로 판시되어 확정된 점 등에 비추어 보면, 위 원고들의 임용기간은 형식에 불과하고 임용계약이 계속 반복 갱신되어 연쇄적 근로관계가 인정되는 것으로 봄이 상당하므로, 위 원고들이 재임용 당시 신규 임용된 교원과 같이 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 새로이 근로관계를 갖게 되었다고 인정하기 어렵다”고 판시하여,⁶⁾ 기간제 임용계약이 반복하여 갱신된 사립대학 교원과 학교법인의 법률관계를 ‘연쇄적 근로관계’로 인정하였다.

이러한 상황을 종합하여 보면, 사립대학의 보수규정 개정이 종전 근로자에 대한 관계에서 무효라고 하더라도 임용기간 만료 후 재임용된 교원에게는 적용될 수 있다는 대법원 2011. 6. 24. 선고 2009다58364 판결은 확고한 판례로 안착되었다고 평가하기 어렵다.

한편, 현행 「사립학교법」 제53조의2 제3항은 “대학교육기관의 교원은 정관이 정하는 바에 따라 근무기간·급여·근무조건, 업적 및 성과약정 등 계약조건을 정하여 임용할 수 있다. 이 경우 근무기간에 관하여는 국·공립대학의 교원에게 적용되는 관련규정을 준용한다”고 규정하는 한편, 같은 조 제4항 내지 제8항에서는 교원이 ‘재임용’에 관한 절차 및 재임용 거부처분에 대한 불복방법 등을 규정하고 있는바, 이들 규정의 취지를 종합해 보더라도 사립학교 교원의 신규임용과 재임용을 규범적으로 동일하게 취급하는 것은 수긍하기 어렵다.

따라서 학교법인이 소속 교원들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻지 않고 취업규칙상 근로조건을 소속 교원들에게 불리하게 변경한 경우 변경된 취업규칙은 무효로서 소속 교원들에게 적용되지 않으며, 이러한 결론은 적어도 임용기간의 단속 없이 재임용된 교원의 경우에도 동일하게 적용되어야 할 것이다.

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

6) 위 판결은 대법원의 심리불속행 기각으로 확정되었다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015다 51418 판결).

공공부문 성과연봉제 : 도입 절차의 적법성

- 서울중앙지방법원 2017. 5. 18. 선고 2016가합566509 판결 -

【판결요지】

성과연봉제를 통하여 ... 하위평가를 받게 되는 근로자들은 기존 임금이 저하될 것으로 보이는데, ... 근로자들에게 지급하게 되는 임금의 총액이 기존의 급여 체계에 비하여 증가하였다 하더라도, ... 근로자 개인에 따라 그 유·불리의 결과가 달라진다면, 위 규정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 「근로기준법」에 따른 변경절차를 따라야 한다.

2016년도 노사관계의 중요한 이슈 중 하나는 ‘성과연봉제 전면 확대’와 그에 대한 공공부문 노동조합의 반발로 인한 갈등이었다.¹⁾ 성과연봉제 문제는 2010년 「공공기관 (간부직) 성과연봉제 권고안」에 의하여 정부기관 간부직원에 대한 성과연봉제 도입을 시작으로, 2016년 1월 「공공기관 성과연봉제 (확대) 권고안」을 확정된 후 이를 각 사업장에 적용하는 과정에서 나타나게 되었다.²⁾

성과연봉제 확대를 둘러싸고 정부와 공공부문 노동조합 간의 대립은 이후 법률 분쟁화되었다.³⁾ 성과연봉제를 둘러싼 법률상 쟁점들은 다양하지만,

- 1) 이러한 갈등은 지난 정부의 공공부문에 대한 일련의 조치들에 대한 반발의 연장선에 있는 것으로 볼 수 있다. 박근혜 정부에서는 공공부문 개혁 조치의 일환으로 ① 2013년 공공기관 방만경영 해소, ② 2014~15년 공무원 연금개혁, ③ 2015년 공공기관 임금피크제 전면 도입, ④ 성과연봉제 확대 및 공공부문 기능 조정 등을 지속적으로 추진하여 왔다 (이에 관한 세부적인 내용은 이정희·조성재·곽상신·노광표·박용철·유병홍·이호준(2016), 『2016년도 노사관계 실태분석 및 평가』, 한국노동연구원, p.81 이하 내용 참조).
- 2) 「공공기관 성과연봉제 (확대) 권고안」의 주요 내용은 기존의 공공기관에서 시행되던 성과연봉제의 적용대상을 간부급(1~2급)에서 비간부직(4~5급)으로 확대, 기존연봉 인상률 차이를 기존 2%(±1%)에서 평균 3%(±1.5%)로 확대, 전체연봉 중 성과연봉의 비중을 30% 이상으로 확대, 최고등급과 최저등급 간 성과연봉 차등을 2배 이상으로 확대 등이다(기획재정부(2016. 1), 「공공기관 성과연봉제 권고안」).
- 3) 「공공기관 성과연봉제 (확대) 권고안」 이후 논의의 경과에 관해서는, 2016년 1월 28일 정부는 ‘경영부재로 인한 비효율, 근무연수와 자동승급에 따른 인건비 부담 완화를 통해 성과연봉제를 비간부직까지 확대함으로써 공공기관의 일하는 분위기를 강화’하겠다는 목



「공공기관 성과연봉제 (확대) 권고안」 및 사업장 도입과 관련하여서는 주로 절차위반과 관련한 문제가 법적 판단을 받게 되었다. 우선 이를 둘러싼 가치 분 사건을 살펴보면, 취업규칙 개정의 절차위반 여부, 취업규칙 개정의 사회 통념상 합리성 인정 여부, 임금채권 보전의 필요성 여부 등이 다루어졌는데, 법원은 다음과 같이 각각 다른 입장들을 나타낸 바 있다.

절차위반 여부		
결정	채권자	결정 내용
기각	한국중부 발전 노동조합 ⁴⁾	채무자 회사가 단체교섭의 요구를 거부한 채 개별 근로자들의 동의서를 징구하는 방식으로 취업규칙 개정 절차를 진행한 사실만으로는 채무자 회사가 성실교섭의무를 위반하여 부당노동행위를 하였다고 보기 어렵고, 성과연봉제 설명회 실시 및 의견 제출을 요구하는 등 충분한 사전 협의를 위한 노력을 보이는 등 적법한 절차에 따라 진행하였으며, 추후 개별 근로자들의 과반수가 성과연봉제에 찬성한다면 근로자들의 의사가 충분히 반영된 결과로 볼 수 있음.
인용	전국철도 노동조합 ⁵⁾	성과연봉제 도입에 따른 취업규칙의 개정은 소속 근로자들에게 큰 영향이 미치고 근로기준법에 따라 노동조합의 동의가 필요하고, ... 호봉제에서 연봉제로의 변경에 따른 임금체계 변경 및 저성과자로 평가된 근로자에 대한 임금액의 불이익 가능성이 있는 이상, 근로기준법에 따라 취업규칙 변경에 채권자 조합의 동의가 필요함.

적에 따라 성과연봉제 개편안을 발표하였다. 그러나 성과연봉제 도입 대상 기관을 120개로 늘리고, 적용 대상자를 70%로 확대한다는 정부안은 공공부문 노조들의 반발을 불러왔으며, 이에 대하여 고용노동부는 2016년 1월 22일 「취업규칙 해석 및 운영 지침」을 통하여 ‘노조가 임금체계 개편을 무조건 반대하는 것은 동의권 남용으로, ... 일부 공공기관에서 노조 동의 없이 성과연봉제를 도입하는 것이 불법이 아니다’라는 유권해석에 근거하여 이사회를 통한 성과연봉제 전면 확대 도입이라는 우회로를 선택하였다. 2016년 5월 말 120개 공공기관 중 114개 기관(95.0%)이 성과연봉제 도입을 마무리하였지만, 이 중 42.1%인 48개 기관이 노사 합의 없이 성과연봉제를 도입한 것으로 나타난 바 있다. 이에 대하여 공공부문 노동조합에서는 노조와의 합의 절차 없이 도입된 성과연봉제는 법 위반이라고 주장하면서 2016년 9월 총파업 투쟁을 하는 한편, 기 도입된 성과연봉제에 대한 무효확인 소송 및 성과연봉제 도입을 유보해 달라는 효력정지 가치분 신청을 제기하였다. 이상의 내용은 이정희 외(2016), 『2016년도 노사관계 실태분석 및 평가』, 한국노동연구원, p.65 이하 내용 참조.

- 4) 대전지방법원 홍성지원 2016. 4. 22.자 2016카합10030 결정(취업규칙변경절차중지등 가치분).

사회통념상 합리성 인정 여부		
결정	채권자	결정 내용
기각	전국금융 산업 노동조합 주택도시 보증공사 (HUG) 지부6)	취업규칙의 작성·변경에 관한 권한이 원칙적으로 사용자에게 있어 채권자 조합과 합의하지 아니하였다는 이유로 연봉제규정의 개정이 무효라고 볼 수 없고, 기재부의 지침을 이행하지 않을 경우 채권자 근로자들에게도 금전적 불이익이 초래될 가능성이 있으며, 본안소송으로 연봉제규정이 무효로 확인되더라도 채무자가 임금차액을 정산할 능력이 있어 보이며, 개정 연봉제규정 시행까지 남은 1년 동안 채권자 조합의 동의를 얻거나 사회통념상 합리성이 인정될 수 있는 방안을 강구할 여지가 있음.
인용	전국공공 운수노조 한국가스 기술공사 지부7)	취업규칙의 내용 이외의 사정이나 상황을 근거로 그 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 보는 것은 이를 제한적으로 엄격하게 해석·적용해야 하는바, 가처분 신청 단계에서 지금까지 제출된 자료만으로는 사회통념상 합리성이 인정된다고 보기 부족함.

임금채권 보전의 필요성		
결정	채권자	결정 내용
기각	한국중부 발전 노동조합	개별 근로자들 과반수의 동의여부를 아직 알 수 없으며, 성과연봉제 실시까지 아직 시간이 있어 교섭노조와 채무자 회사의 임금협약 등 단계교섭이 충분히 가능하며, 공기업인 채무자 회사가 정부의 권고에 반하기 어렵고, 정부의 조기 성과연봉제를 도입하는 기관에 대한 인센티브 지원으로 개별 근로자들에게 이익이 될 수 있는 점을 들어 가처분을 인용할 만한 급박한 보전의 필요성이 소명되기 부족하다고 보았음.
인용	전국철도 노동조합	이 사건 신청의 기각으로 인해 채무자 소속 근로자들이 근로의 대가로 상당기간 누려온 기득이익인 임금채권에 대한 법적안정성이나 예측가능성이 침해될 우려가 크며, 이 침해로 인한 손해는 추후 본안소송에서 최종적으로 승소함으로써 완전히 전보되기 어려운 측면이 있음.

5) 대전지방법원, 2017. 1. 31.자 2016가합50368 결정(가처분).
 6) 서울중앙지방법원, 2016. 12. 27.자 2016가합81412 결정(취업규칙효력정지 가처분).
 7) 대전지방법원, 2017. 1. 31.자 2016가합50384 결정(취업규칙효력정지 가처분).

대상판결은 취업규칙 효력정지 가치분 신청을 인용한 결정들과 비슷한 견지에서, 공공부문 성과연봉제 도입은 취업규칙 불이익 변경에 해당하여 「근로기준법」 제94조 제1항에 따른 절차가 요구되지만, 이를 거치지 않았으며 별도의 사회통념상 합리성도 인정되기 어렵다고 판시하고 있다.

사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 주택도시보증공사(이하 ‘피고 공사’)가 2016. 5. 17. 연봉제 적용대상 확대,⁸⁾ 기준연봉 차등지급률 및 전체연봉 중 성과연봉 비중 확대, 성과연봉의 차등지급률 확대 등을 내용으로 하는 연봉제 규정·연봉제규정시행세칙·시간외근무수당지급세칙(이하 ‘이 사건 연봉제 규정 등’) 등을 개정하자 관리 4, 5급에 해당하는 피고 소속 근로자들(이하 ‘원고들’)이 취업규칙 무효확인 소를 제기하였다. 원고들은 연봉제 도입이 하위평가를 받는 근로자에게는 기존 호봉제보다 불리하게 작용하는 취업규칙 불이익변경에 해당하고, 피고 공사의 연봉제 규정 개정 행위는 불이익변경시 과반수노조의 동의를 받도록 하는 「근로기준법」 제94조 제1항에 반하며, 단체협약 및 보충협약에 위반된다고 주장하였다.⁹⁾ 이에 피고는 연봉제 규정 시행으로 적은 급여를 지급받게 되면 추후 그 차액을 구하는 이행의 소를 제기할 수 있어 이 사건의 소는 무효 확인의 이익이 없어 부적법하다는 본안전 항변을 하였다. 또한 이 사건 연봉제 규정 등은 근로자들에게 불이익한 변경이 아니며, 취업규칙 불이익변경에 해당하더라도 사회통념상 합리성이 인정되어 무효가 아니라고 주장하였다.

법원은 이에 대하여 크게 세 가지 점으로 구분하여 판단하였다. 우선 법원은 피고의 본안전 항변에 대하여 이 사건 연봉제 규정 등에 기속되어 성과연

8) 연봉제 적용대상은 개정 전 ‘부서장·팀장 및 이에 준하는 직책을 가진 자’에서 개정 후 ‘관리 1급에서 관리 5급까지의 전 직원’으로 확대되었다.

9) 이 외에도 원고들은 피고 공사의 일방적인 연봉제 규정 개정으로 인한 권리 침해 및 정신적 손해(근로자당 100만 원)도 주장하였지만, 법원은 이 부분에 대하여 “취업규칙의 변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용일 때에는 특별한 사정이 없는 한 기존의 근로자에 대하여 그 효력이 없어 원고들에게 어떠한 손해가 발생한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 원고들의 손해는 무효인 이 사건 연봉제 규정 등을 원고들에게 적용하여 감액된 임금을 지급함으로써 비로소 발생하는 것인데, 이는 재산적 손해로서 그로 인한 정신적 고통은 감액된 임금을 지급받음으로써 회복된다고 보아야 하고, 달리 원고들이 감액된 임금을 지급받는 것만으로 회복할 수 없는 정신적 고통을 입었다고 볼 만한 증거가 없으므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.”고 판단하였다.

봉을 차등 지급받는 원고들의 지위에 현존하는 불안·위험이 있는 점, 무효 확인을 구하는 것이 차후 개별적인 임금지급에 대한 이행소송을 제기하는 것보다 소송경제적으로 바람직하며, 분쟁의 근본적인 해결 수단이 될 수 없다는 점을 들어 무효확인을 구하는 본 소송이 분쟁을 일거에 해결할 수 있는 가장 유효·적절한 수단이라고 판단하였다.

다음으로 무효확인 청구에 관한 판단에서는 먼저 이 사건 연봉제규정 등의 개정에 따라 근로자들이 불이익을 받게 되는지 여부에 대하여 “취업규칙 일부를 이루는 급여규정의 변경이 일부의 근로자에게는 유리하고 일부의 근로자에게는 불리한 경우 그러한 변경에 근로자 집단의 동의를 요하는지를 판단하는 것은 근로자 전체에 대해 확일적으로 결정돼야 하고, 같은 개정에 의해 근로자 상호 간의 유·불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 그러한 개정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급해 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당”¹⁰⁾하다는 법리에 따라, 피고가 근로자들에게 지급하게 되는 임금 총액이 기존에 비해 증가하였다 하더라도, 근로자 개인에 따라 그 유·불리의 결과가 달라진다면 이는 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 「근로기준법」에 따른 변경절차를 따라야 한다고 판단하였다.¹¹⁾

마지막으로 이 사건 연봉제규정 등의 개정이 사회통념상 합리성이 있는지 여부에 대하여는 연봉제 도입에 따라 호봉상승의 임금인상을 기대하기 어렵다는 점, 피고 소속 근로자 과반수로 조직된 노동조합(전국금융산업노동조합 주택도시보증공사지부)에서 실시한 성과연봉제 도입 찬반투표에서 조합원 90%가 이를 반대하는 명백한 거절의 의사표시가 있었으나 피고 공사가 강행한 점, 기재부의 성과연봉제 조기도입에 따른 인센티브 지급은 일시적인 유인책에 불과하다는 점 등¹²⁾에 비추어 볼 때 이 사건 연봉제규정 등의 개

10) 대법원 1993. 5. 14. 선고 93다1893 판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다18072 판결 등.
 11) 법원은 근로자들의 불이익 여부에 대하여 구체적으로 ①연봉제 적용시 호봉상승으로 인한 임금상승을 기대하기 어려운 점, ②기준연봉의 인상차등률이 확대되는 점, ③성과연봉 차등지급률이 최고지급률과 최저지급률 대비 2배로 확대되는 점, ④연봉에서 성과연봉이 차지하는 비율이 30% 이상으로 확대되는 점, ⑤정부경영평가를 낮게 받으면 시간외수당, 가족수당, 전문직무급 등의 폐지로 인해 수당 상당액을 지급받지 못하는 손해가 발생하는 점을 들어 인정하였다.
 12) 사회통념상 합리성 여부에 대하여 법원은 추가적으로 공공기관 개혁의 일환으로 성과연봉제 확대 추진이 필요하나 근로자들의 명백한 반대사표시에도 불구하고 일방적으로 취업규칙을 변경할 것은 아니라는 점, 다른 공공기관에서도 성과연봉제 확대 추

정으로 근로자가 입게 될 불이익의 정도가 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정하기 어렵다고 판단하였다.

이 판결은 이사회 결의를 통해 성과연봉제를 도입할 수 있는 근거로 제시한 「취업규칙 해석 및 운영지침」상 법리, 즉 사회통념상의 합리성을 엄격하게 해석해야 한다는 점을 확인하면서, 취업규칙 불이익 변경에 대한 판단 및 절차적 정당성을 강조하였다는 점에 의의가 있다.¹³⁾ 이처럼 「공공기관 성과연봉제 (확대) 권고안」은 사법부에 의하여 그 절차적 정당성이 상실되어 가고 있는데, 지난 6월 16일 기획재정부는 「공공기관 성과연봉제 관련 후속조치 방안」(이하 ‘후속조치’)을 의결하고 기존 권고안 및 성과연봉제 실시에 관한 조치들을 사실상 폐기한 바 있다.¹⁴⁾ 이로써 공공기관 성과연봉제를 둘러싼 법률 분쟁은 일단락되어 가고 있는 듯하다. 그러나 성과연봉제 이후 공공부문 임금체계 수립과 이후 후속조치 이행과정에서 제기되는 현실적인 문제들은 여전히 남아 있다. 앞으로 이를 해결해 나가는 과정에서 그 실제적인 대안의 모색과 함께 ‘집단적 근로조건 결정 법리에 따른 절차적 정당성’도 준수되어야 할 것이다.

» 김근주(한국노동연구원 부연구위원)

진에 대한 반발이 상당하다는 점을 들어 인정하지 않았다.

- 13) 다만 이 판결에서는 변경된 취업규칙을 무효로 확인하여 기존 근로자 및 신규 입사자 모두에 대하여 취업규칙을 무효화시키는 법리를 제시하면서, 취업규칙의 변경으로 “기득이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 … 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지되지만, 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 한다.”는 기존의 법리와의 차이를 보이고 있다.
- 14) 2017년 6월 16일, 기획재정부는 공공기관운영위원회를 개최하여 「공공기관 성과연봉제 관련 후속조치 방안」을 의결하였다. 주요 내용은 권고안의 이행기한을 없애 기관별 특성과 여건을 반영하여 자율적으로 결정, 기한 내 도입하지 않은 경우에 대한 패널티 미적용, 이미 지급한 조기이행 성과급과 우수기관 성과급을 노사협의를 통해 반납, 노사 합의 없이 성과연봉제를 도입한 기관의 경우 이사회 의결을 거쳐 취업규칙 재개정 및 종전 보수체계로의 환원 및 변경(노사합의에 따른 경우 유지 또는 변경을 자율적으로 결정)이다(기획재정부 보도자료, 「공공기관 성과연봉제 후속조치 확정」, 2017. 6. 16.자).

공공기관 성과연봉제의 확대와 사회통념상 합리성 판단

- 서울중앙지방법원 2017. 8. 10. 선고 2016가합26506 판결 -

【판결요지】

성과연봉제규정의 개정으로 인하여 기본급 및 성과연봉의 등급 분류 결과에 따라 지급받게 되는 총 임금의 액수가 증가 또는 감소하게 되는 등 근로자 개인에 따라 유·불리의 결과가 달라질 수 있게 되었으나, 하위평가를 받게 되는 근로자들은 기존 임금이 저하될 것으로 보이는바, 가령 위 규정의 개정으로 인하여 피고가 근로자들에게 지급하게 되는 임금의 총액이 기존의 급여 체계에 비하여 증가하였다 하더라도, 위와 같이 위 규정의 적용을 받게 되는 근로자 개인에 따라 그 유·불리의 결과가 달라진다면, 위 규정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로기준법에 따른 변경절차를 따라야 한다.

대상판결의 사실관계는 다음과 같다. A은행(피고)은 중소기업은행법에 근거하여 중소기업자에 대한 효율적인 신용제도를 확립함으로써 중소기업자의 자주적인 경제활동을 원활하게 하고 그 경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 하는 법인이고, 금융위원회의 감독을 받는다. 2016년 1월 당시 정부는 노동계의 반대에도 불구하고 일방적으로 ‘공공기관 성과연봉제 권고안’을 발표하는 등 성과연봉제 도입·확대 추진을 결정하였다. 이에 따라 금융위원회도 같은 해 2. 1. ‘금융공공기관 성과중심문화 확산방향’을 발표, 금융공기업의 전 임직원에게 성과연봉제 도입을 독려했다. 이러한 정부 정책에 따라 A은행은 2016. 5. 23. 이사회 의결로 연봉제 적용대상 확대, 기준급 차등지급률 및 전체연봉 중 성과연봉 비중 확대, 성과연봉의 차등지급률 확대 등을 내용으로 하는 성과연봉제규정을 개정하였다. 개정 내용 중 주된 쟁점은 부점장급 이상 직원에게만 적용하던 성과연봉제를 4급 이상 전 직원에게 확대 시행하는 것이었다. A은행 소속 근로자 과반수로 조직된 노동조합인 전국금융산업노동조합 A은행지부는 2016. 5. 23.부터 같은 달 25.까지 전 조합원을 대상으로 성과연봉제 확대실시에 대한 찬반투표를 실시하였는데, 조합원 96.8%가 이를 반대하여 명백한 거절의 의사를 표시하였음에도 A

은행은 성과연봉제 규정의 개정을 강행하였다. 이에 노동조합은 2016년 10월 이 사건 성과연봉제 도입 과정에서 근로자 과반수의 동의 없이 이사회 의결로만 규정을 개정하여 무효라고 주장하며 소송을 제기하였고, 본안소송 전 성과연봉제 효력정지 가처분 신청은 기각되었다(2016카합622).

대상판결은 취업규칙 불이익변경에 관한 판단이다, 다만 이 사안은 (1) 산업구조와 노동시장의 변화에 따라 연공급 임금체계에 대한 개편의 필요성이 대두되고, 임금체계를 직무·성과 중심의 임금체계로 개편해야 한다는 주장이 힘을 얻고 있다는 점, (2) 민간부문과 달리 공공부문의 경우 공공의 목적을 달성하기 위해 성과연봉제의 도입이 유보되거나 노동조합 등의 반대로 실패하고 있다는 점, (3) 이러한 필요성과 경험에 비추어 정부가 ‘공공기관 방만경영 정상화’라는 정책을 추진하였고, 이에 따라 전 공공기관에서 성과연봉제가 도입되는 가운데 이를 반대하여 소송을 제기한 점에 특징이 있다. 당시 정부는 성과연봉제 도입의 필요성에 대하여 ① 동기부여 및 공정한 보상을 통한 조직문화의 혁신, ② 성과중심제도 개선을 통한 공공기관의 생산성 제고, ③ 인건비 부담 경감을 통한 신규고용의 촉진 등이라 설명하였다. 이러한 배경에서 성과연봉제의 도입에는 사회통념상 합리성이 있다는 것이 A은행의 일관된 주장이다. 따라서 쟁점은, 첫째 성과연봉제 규정은 취업규칙의 불이익한 변경에 해당하는지 여부이고, 둘째 성과연봉제 규정이 불이익한 면이 있다 하더라도 국가적 과제로서 A은행이 수행해야 할 과제으로써 불이익변경을 정당화할 사회통념상 합리성이 존재하는지 여부이다.

대상판결은 우선 이 사건 성과연봉제 도입이 근로자들이 불이익을 받게 되는지 여부를 대법원이 확립한 판례법리에 따라 판단한다. 성과연봉제 규정의 개정으로 인하여 ① ‘부점장급 이상’에서 ‘4급 이상 일반직원’으로 연봉제 적용대상이 변경됨에 따라 기존 호봉형 임금 지급 대상이던 근로자들에게도 개개인의 능력, 성과, 업적 평가에 의해 1년 단위로 임금을 결정하는 연봉제가 적용되었고, 이로 인하여 기존 호봉형 임금지급제의 경우 일반적으로 매년 누적적으로 임금이 상승하게 되나, 연봉제가 적용되면 호봉상승으로 인한 임금상승을 기대하기 어렵게 되는 점, ② 기존 연봉제 적용 대상이었던 부점장급 이상의 경우에도 기본급의 인상차등률이 확대된 점, ③ 성과연봉 차등지급률 또한 최고지급률이 최저지급률 대비 2배 이상으로 확대되었던 점, ④ 연봉에서 성과연봉이 차지하는 비율을 3급 팀장 이상은 30%,

4급 직원은 20% 이상으로 확대하였던 점 등에 비추어 보면, 근로자들은 위 규정의 개정으로 인하여 기본급 및 성과연봉의 등급 분류 결과에 따라 지급 받게 되는 총 임금의 액수가 증가 또는 감소하게 되는 등 개인에 따라 유·불리의 결과가 달라질 수 있게 되었으나, 하위평가를 받게 되는 근로자들은 기존 임금이 저하될 것으로 보이는데, 위 규정의 적용을 받게 되는 근로자 개인에 따라 그 유·불리의 결과가 달라진다면, 위 규정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로기준법에 따른 변경절차를 따라야 한다는 점을 명확히 하였다.

다음은 대상판결의 핵심 쟁점이 되는 것으로서 정부 정책에 따른 성과연봉제 도입이고, 다른 공공기관도 유사한 임금체계 개편이 있었다는 점 등을 고려하여 ‘사회통념상 합리성’을 인정할 수 있는지 여부이다. 요컨대 대법원은 근로자의 집단적 동의가 없더라도 불이익변경의 효력을 부정할 수 없는 사회통념상 합리성 인정에 대하여는 근로자가 입게 될 불이익의 정도, 사용자 측의 변경 필요성, 변경 후 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합과의 교섭경위 및 대응, 국내외 일반적 상황 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다는 법리를 정립하고 있으며, 지금까지 근로자의 불이익에 대한 적절한 대상조치가 있었던 사례에서만 사회통념상 합리성이 있다고 예외적으로 인정하고 있다.¹⁾ 대상판결은 성과연봉제 확대 실시로 인해 ① 일부 근로자들이 입게 되는 임금·퇴직금 등의 불이익이 상당할 것으로 예상되고, ② 근로자 과반수로 조직된 노동조합에서 전 조합원을 대상으로 성과연봉제 확대 찬반투표를 실시했는데 조합원 96.8%가 이를 반대하였고, ③ 공공기관 방만경영 문제 해결을 위해 성과연봉제 확대 추진의 필요성이 인정되기는 하나, 그 필요성이 사용자가 일방적으로 취업규칙을 변경해야 할 정도로 절실하다고 보기 어려우며, ④ 성과연봉제를 도입함으로써 인센티브를 지급받았고 미도입으로 인한 평가하락 및 임금동결의 제재를 피할 수 있었다고 하더라도, 이는 성과연봉제 도입 독려를 위한 유인책에 불과하고 근로자들이 받게 될 지속적 불이익에 비해 일시적이고, ⑤ 다른 공공기관에서도 성과연봉제 확대에 대한 근로자들의 반발

1) 취업규칙 불이익변경에는 근로자의 집단적 동의를 얻어야 한다고 명문화한 1989년 근로기준법 개정 이후 대법원 판결로는 2건 정도 ‘사회통념상 합리성’을 인정하였다(대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결; 대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다16722 판결).

이 상당했고 이 사건과 같이 소송을 제기한 점에 비추어 볼 때, 노동조합의 동의가 없고 사회적 합리성도 인정될 수 없어 무효라고 판시하였다.

정리하면, 성과연봉제 도입은 노사가 대화와 타협을 통해 이해관계를 조정하면서 풀어나가도록 하는 것이 헌법과 근로기준법이 추구하는 기본정신이지, 정부가 ‘공공기관 방만경영 문제’ 해결이라는 정책목표를 위해 일방적으로 근로자들에게 강요할 문제가 아니며, 정부의 지침을 이행한다는 구실로 법에서 정한 절차를 무시하고 일방적으로 임금체계를 변경한다면 이는 지침이 법을 뛰어넘는 것으로 용인될 수 없다는 것이다. 대상판결의 판단은 매우 타당하다.

» 노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

근로조건

1년 내내 출근하지 않은 경우 연차휴가의 발생과 연차휴가수당의 보상

- 대법원 2017. 5. 17. 선고 2014다232296 · 2014다232302(병합) 판결 -

【판결요지】

근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간은 장단(長短)을 불문하고 소정근로일수와 출근일수에 모두 포함시켜 출근율을 계산하여야 한다. 설령 그 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일 수 전부를 차지한다고 하더라도, 이와 달리 볼 아무런 근거나 이유가 없다. … 근로자가 업무상 재해 등의 사정으로 말미암아 연차휴가를 사용할 해당연도에 전혀 출근하지 못한 경우라 하더라도, 이미 부여받은 연차휴가를 사용하지 않은데 따른 연차휴가수당은 청구할 수 있다. 이러한 연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙은 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 것으로서, 효력이 없다고 보아야 한다.

(1) 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 하며, 근로자가 이 연차휴가를 1년간 행사하지 아니하면 소멸된다(「근로기준법」 제60조, 이하 ‘근기법’). 1년 내내 출근하지 않았다면 80퍼센트 이상 출근한 것이 아니므로 연차휴가가 발생하지 않겠지만, 업무상 재해로 요양하기 위해 1년 내내 휴업한 경우도 연차휴가가 발생하지 않는가? 또한 연차휴가가 발생하였지만 연차휴가를 사용할 수 있는 1년 동안 내내 출근하지 않았다면 연차휴가는 부인되고 사용하지 않은 일수로 보상할 필요가 없는가? 이러한 의문에 대해 대법원이 판례 법리를 명확히 하였다는 점에서

대상판결은 의의가 있다.

첫째, 대상판결은 1년 내내 업무상 재해로 요양 휴업한 경우도 연차휴가가 발생한다고 판시한다.

근기법상 연차휴가는 1년간 80% 이상 출근한 근로자에게 부여된다. 이 경우 근로자가 1년간 80% 이상 출근하였는지 여부는, 1년간의 총 역일(曆日)에서 법령·단체협약·취업규칙 등에 의하여 근로의무가 없는 것으로 정해진 날을 뺀 일수(이하 ‘소정근로일수’) 중 근로자가 현실적으로 근로를 제공한 출근일수의 비율, 즉 출근율을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결 등 참조).

한편 근기법 제60조 제6항 제1호는 위와 같이 출근율을 계산할 때 근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간은 출근한 것으로 간주하도록 규정하고 있다. 이는 근로자가 업무상 재해 때문에 근로를 제공할 수 없었음에도 업무상 재해가 없었을 경우보다 적은 연차휴가를 부여받는 불이익을 방지하려는 데에 그 취지가 있다. 그러므로 대상판결은 “근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간은 장단(長短)을 불문하고 소정근로일수와 출근일수에 모두 포함시켜 출근율을 계산하여야 한다. 설령 그 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일수 전부를 차지한다고 하더라도, 이와 달리 볼 아무런 근거나 이유가 없다.”고 판시한다.

이 사건에서 근로자는 2000년 12월경부터 2012년 7월경까지 업무상 재해로 전혀 출근하지 못했다. 단체협약이나 취업규칙에서는 ‘근로자가 1년 전체 기간을 출근하지 않을 경우 연차휴가를 부여하지 않거나 연차휴가수당을 지급하지 않는다’는 내용의 규정을 두고 있었다. 근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간이 1년 전체일지라도 근기법상 위 규정대로 출근율을 계산하여야 한다. 그 경우 2008년부터 2010년까지의 기간 동안 매년 출근율을 충족하게 된다.

둘째, 대상판결은 1년 내내 출근하지 않았더라도 이미 부여받은 연차휴가를 사용하지 않은데 따른 연차휴가수당은 청구할 수 있다고 판시한다.

판례는 근로자가 연차휴가에 관한 권리를 취득한 후 1년 이내에 연차휴가를 사용하지 아니하거나 1년이 지나기 전에 퇴직하는 등의 사유로 인하여 더 이상 연차휴가를 사용하지 못하게 될 경우에는 사용자에게 그 연차휴가 일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있다고 본다(대법원 2000. 12. 22. 선고 99다10806 판결; 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다48549,

48556 판결 등 참조).

한편 연차휴가를 사용할 권리 혹은 연차휴가수당 청구권은 근로자가 전년도에 출근율을 충족하면서 근로를 제공하면 당연히 발생하는 것으로서, 연차휴가를 사용할 해당연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당한다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다95519 판결 등 참조).

따라서 대상판결은 “근로자가 업무상 재해 등의 사정으로 말미암아 연차휴가를 사용할 해당연도에 전혀 출근하지 못한 경우라 하더라도, 이미 부여 받은 연차휴가를 사용하지 않은 데 따른 연차휴가수당은 청구할 수 있다.”고 판시한다.

이 사건에서 연차휴가를 사용할 수 있게 된 2009년부터 2011년까지의 기간 중에 근로자가 전혀 출근하지 않았다고 하여 연차휴가수당을 청구할 수 없게 되는 것도 아니다. 대상판결은 “이러한 연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙은 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 것으로서, 효력이 없다.”고 판시한다.

연차휴가에 관한 근거법상 규정은 취업규칙이나 단체협약으로도 위반할 수 없는 강행규정이라는 점을 존중한 판결이다.

(2) 현재의 근거법상의 규정과 판례 법리는 연차휴가를 전년도의 근로제공에 대한 보상으로 이해한다. 연차휴가를 사용하지 않았다면 연차휴가수당으로라도 보상하여야 한다고 이해한다. 대상판결도 그러한 입장에 충실하다.

한편 현행 연차휴가 제도를 당해 연도의 휴식을 보장하는 관점에서 개선하여야 한다는 주장이 주목된다. 구체적으로는 ① 현행 출근율 요건은 삭제하고 6개월의 근속기간 경과를 요건으로 기본적인 연차휴가를 부여하고(6개월 근속 미만의 근로자에게는 비례적으로 휴가일을 부여), ② 연차휴가는 근로자의 청구(시기지정)가 있을 때 부여하는 것이 아니라 사용자가 의무적으로 부여하며, ③ 당해 연도에 사용하지 않은 연차휴가에 대한 금전보상은 원칙적으로 금지한다.¹⁾ 연차휴가일수를 모두 사용하게 되면 휴식의 보장은 물

1) 이철수 편저(2017), 『전환기의 노동과제』, 오래, p.84, pp.369-370; 강성태(2016), 「근로기준법상 휴식제도의 개정」, 『노동법연구』 제41호, 서울대학교노동법연구회, pp.122~130; 김홍영(2016), 「휴식보장을 위한 연차휴가의 제도개선론」, 『노동법연구』 제40호, 서울대

론 실근로시간 단축에도 도움이 될 것이다.

그처럼 연차휴가제도가 개선된다면, 1년 내내 근무하지 않은 경우 당해 연도에 연차휴가가 부인되며 금전보상도 없게 된다. 이 사건 단체협약·취업규칙과 같은 규정도 근기법 위반으로 무효가 되지는 않을 것이다.

» 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

압류가 금지된 휴업급여의 수령계좌의 변경과 강제집행면탈죄의 성부

- 대법원 2017. 8. 18. 선고 2017도6229 판결 -

【판결요지】

압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금된 경우에는 그 예금채권에 대하여 더 이상 압류금지의 효력이 미치지 아니하므로 그 예금은 압류금지채권에 해당하지 않지만, 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금되기 전까지는 여전히 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없으므로, 압류금지채권의 목적물을 수령하는 데 사용하던 기존 예금계좌가 채권자에 의해 압류된 채무자가 압류되지 않은 다른 예금계좌를 통하여 그 목적물을 수령하더라도 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 침해할 위험이 있는 행위라고 볼 수 없어 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.

이 사건 피고인은 공소의 채권자 ○○○로부터 금8,000만원을 차용하였으나 변제기 내에 이를 갚지 못하였다. 당시 피고인의 주된 수입원은 산업재해보상보험법상 휴업급여였는데, 위 채권자는 휴업급여의 수령계좌를 압류하고, 이후 위 계좌로 입금된 휴업급여 중 일부를 추심했다. 이러한 사실을 안 피고인은 압류가 되지 않은 다른 은행에 계좌를 새로이 개설한 후 이 계좌로 휴업급여 수령계좌를 변경하였다가 강제집행면탈 혐의로 기소되었다. 1심법원은 피고인이 휴업급여 수령계좌를 변경함으로써 휴업급여 채권의 발견을 불능 또는 곤란하게 한 이상 이러한 행위가 강제집행면탈죄가 규정하고 있는 ‘재산의 은닉’에 해당한다는 이유로 피고인에게 벌금 200만원을 선고하였으나, 항소심법원은 장차 수령할 휴업급여는 압류금지채권이므로 해당 채권의 수령계좌를 변경한 것을 유죄로 볼 수 없다며 피고인에게 무죄를 선고했다.¹⁾ 이에 검사가 상고하였는바, 대상판결이 그 상고심판결이다.

대상판결이 적절하게 지적하고 있는 바와 같이, 형법 제327조는 “강제집

1) 의정부지방법원 2017. 4. 13. 선고 2016노3375 판결.

행을 면할 목적으로 재산을 은닉, 손괴, 허위양도 또는 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해한 자”를 처벌함으로써 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 보호하기 위한 것이므로, 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상으로 삼을 수 있는 것이어야 한다.²⁾ 한편, 산업재해보상보험법 제52조 소정의 ‘휴업급여를 받을 권리’는 같은 법 제88조 제2항에 따라 압류할 수 없다.³⁾ 따라서 휴업급여 수급권자의 채권자는 근로복지공단을 제3채무자로 하는 채권압류를 할 수 없다. 그런데 이러한 휴업급여가 수급권자의 예금통장으로 예입되는 경우, 예금계약은 소비임치에 해당하므로 그러한 금전은 일단 예금기관의 소유로 이전되고 수급권자는 예금기관에 대한 예금채권을 취득하게 되는데, 이러한 예금채권이 압류의 대상이 되는지 문제된다. 종래 판례는 압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 예입된 경우 그 예금채권에 대하여 더 이상 압류금지의 효력이 미치지 아니하므로 그 예금채권은 압류금지채권에 해당하지 않는다는 입장을 명백히 하고 있다.⁴⁾ 대상판결은 압류금지채권의 목적물이 예입된 경우 예금채권의 피압류적격을 인정하면서도 “압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금되기 전까지는 여전히 강제집행 또는 보전처분의 대상이 될 수 없는 것이므로, 압류금지채권의 목적물을 수령하는 데 사용하던 기존 예금계좌가 채권자에 의해 압류된 채무자가 압류되지 않은 다른 예금계좌를 통하여 그 목적물을 수령하더라도 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 침해할 위험이 있는 행위라고 볼 수 없어 강제집행면탈죄가 성립하지 않는다.”고 판단하였다. 강제집행면탈죄는 강제집행이 임박한 채권자의 권리를 보호하기 위한 것이며,⁵⁾ 따라서 강제집행면탈죄의 객체는 채무자의 재산 중에서 채권자가 민사집행법상 강제집행 또는 보전처분의 대상으로 삼을 수 있는 것이어야 한다는 점에서 대상판결의 결론은 타당하다.

2) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도8721 판결, 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010도4129 판결 등.

3) 산업재해보상보험법 제88조(수급권의 보호) ② 보험급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다.

4) 대법원 1999. 10. 6.자 99타4857 결정, 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013다25552 판결 등 참조.

5) 대법원 2017. 4. 26. 선고 2016도19982 판결.

대상판결과 직접적으로 관련이 있는 쟁점은 아니지만, 대상판결을 보면서 사회보장수급권에 대한 보호를 실질화하기 위하여 압류방지 전용계좌를 활성화할 필요성을 새삼 느끼게 되었다. 대한민국헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정하고 있다. 이들 규정을 종합하여 보면 채무불이행 중에 있는 사회보장수급자에 대하여도 당연히 최소한의 인간다운 생활은 보장되어야 하며, 이를 위해 사회보장수급권에 대한 압류는 금지되어야 한다. 이러한 요청에 부응하여 사회보장기본법 제12조는 “사회보장수급권은 관계 법령에서 정하는 바에 따라 다른 사람에게 양도하거나 담보로 제공할 수 없으며, 이를 압류할 수 없다.”고 규정하고 있고, 앞서 본 산업재해보상보험법 제88조 제2항은 “보험급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다.”고 규정하고 있다. 그러나 “압류금지채권의 목적물이 채무자의 예금계좌에 입금된 경우에는 그 채권은 예금채권으로 변하여 종전의 채권과의 동일성을 상실하고, 압류명령 발령 당시 두 가지 금원이 혼입되어 있다면, 예금액 중 압류금지채권액이 얼마인지를 가려낼 수 없는 것이므로, 채무자의 제3채무자 금융기관에 대한 예금채권에 대하여는 압류금지 효력이 미치지 아니”한다는 판례에 따라 사회보장수급권의 목적물이 수급권자의 채권자에 의하여 압류된 예금계좌에 예입되는 순간 수급권자는 예금을 인출할 수 없게 된다.

이러한 문제에 관하여 2013. 6. 17. 국민권익위원회가 압류방지 전용 통장 제도의 확대 등을 내용으로 하는 ‘압류과정에서의 사회취약계층 보호 실효성 강화 방안’을 기획재정부와 보건복지부 등에 권고하였고, 이후 몇몇 입법이 이루어지기도 하였다.⁶⁾ 다만, 산업재해보상보험법의 경우에는 2012년 정부에 의하여 산업재해보상보험 보험급여 전용계좌에 대한 법적 근거를 마련

6) 참고로, 종래 국세청은 ‘현행 「국세징수법」상 개인별 잔액이 150만원 미만인 예금의 경우 압류금지 재산으로 규정하고 있고, 복지급여 전용계좌에 입금된 예금채권에 대한 압류가 제한될 경우 복지급여는 사용하지 않고 타소득에서 발생한 금전만을 사용하면 결과적으로 개인의 의사결정에 따라 압류권한이 제한을 받게 되어 복지급여를 받는 체납자에 대한 우대정책이 조세의 공정성과 평평성을 저해할 요인이 있다’는 입장을 개진하였는바, 국세청의 이러한 입장은 국세징수의 편의를 위해 사회보장수급자에 대하여도 당연히 ‘최소한의 인간다운 생활이 보장되어야 한다’는 헌법상 요청을 외면한 것으로 동의하기 어렵다.

하고 동 계좌에 대한 압류를 금지하는 취지의 개정이 추진되었으나 입법되지 못하였고, 그 후에도 유사한 취지의 법률안이 몇 차례 국회에 제출되었으나 아직까지 입법이 되지 못하고 있다.

〈2013년 이후 압류방지 전용계좌 근거조항을 신설한 법률7〉)

법률명	관련조항
고용 보험법	제37조의2(실업급여수급계좌) ① 직업안정기관의 장은 제43조에 따른 수급자격자의 신청이 있는 경우에는 실업급여를 수급자격자 명의의 지정된 계좌(이하 “실업급여수급계좌”라 한다)로 입금하여야 한다. (… 중략 …) ② 실업급여수급계좌의 해당 금융기관은 이 법에 따른 실업급여만이 실업급여수급계좌에 입금되도록 관리하여야 한다. 제38조(수급권의 보호) ① 실업급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다. <개정 2015.1.20.> ② 제37조의2제1항에 따라 지정된 실업급여수급계좌의 예금 중 대통령령으로 정하는 액수 이하의 금액에 관한 채권은 압류할 수 없다. <신설 2015.1.20.>
국민 연금법	제58조(수급권 보호) ① 수급권은 양도·압류하거나 담보로 제공할 수 없다. <개정 2016.5.29.> ③ 급여수급전용계좌에 입금된 급여와 이에 관한 채권은 압류할 수 없다. <신설 2015.1.28.>
장애인 복지법	제82조(압류 금지) ① 이 법에 따라 장애인에게 지급되는 금품은 압류하지 못한다. <개정 2016.5.29.> ② 제50조의4제1항에 따른 장애인복지급여수급계좌의 예금에 관한 채권은 압류할 수 없다. <신설 2016.5.29.>

7) 국민기초생활보장법의 경우에는 국민권익위원회의 권고가 있기 전인 2011. 6. 7. 개정된 국민기초생활보장법(법률 제10782호) 제27조의2에서 수급자 명의의 지정된 계좌를 개설할 수 있도록 규정하고, 같은 법 제35조에서 지정된 급여수급계좌의 예금에 관한 채권은 압류를 할 수 없다는 조항을 신설하였다.

<p>한부모 가족 지원법</p>	<p>제27조(양도·담보 및 압류 금지) ① 이 법에 따라 지급된 복지급여와 이를 받을 권리는 다른 사람에게 양도하거나 담보로 제공할 수 없으며, 다른 사람은 이를 압류할 수 없다. <개정 2014.1.21.> ② 제12조의5제1항에 따라 지정된 복지급여수급계좌의 예금에 관한 채권은 압류할 수 없다. <신설 2014.1.21.></p>
<p>긴급 복지 지원법</p>	<p>제18조(압류 등의 금지) ① 이 법에 따라 긴급지원대상자에게 지급되는 금전 또는 현물은 압류할 수 없다. ② 긴급지원수급계좌의 긴급지원금과 이에 관한 채권은 압류할 수 없다. <신설 2014.12.30.></p>

이와 같이 산업재해보상보험법은 다른 사회보장관련법령과 달리 압류방지 전용계좌에 관한 근거조항을 마련하지 못하고 있으나, 근로복지공단은 “압류금지 채권만이 예입되는 예금계좌의 경우, 압류금지 채권과 예금채권은 동일성이 인정되어 해당 예금 채권을 압류할 수 없다”는 법무부의 행정 해석에 근거하여 몇몇 은행과 업무협약을 체결하여 보험급여 전용계좌를 운영하고 있다. 다만, 이러한 보험급여 전용계좌에 대한 압류금지의 법적 근거가 미흡한 상황이다. 산업재해보상보험 수급권자의 실질적인 수급권 보호를 위하여 보험급여 전용계좌의 법적 근거 및 동 계좌에 대한 압류금지를 내용으로 하는 산업재해보상보험법의 개정이 시급하며, 나아가 수급권자의 편의를 고려하여 현재 각각의 개별 법령에 의하여 운영되고 있는 제반 사회보장 수급권에 관한 전용계좌를 하나의 통장으로 통합하여 운영할 수 있는 입법을 기대해 본다.

>> 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 위법성

- 대법원 2017. 9. 26. 선고 2016다238120 판결;

대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다232020 판결 -

【판결요지】

이 사건 상여금은 지급기준일에 재직 중인 근로자에게 지급하는 임금으로서 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부도 불확실하므로, 통상임금에서 요구되는 고정성이 결여되었다고 볼 수 있고, 따라서 통상임금에 포함된다고 할 수 없다.

대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결은 지급일 재직 조건이 붙은 수당의 통상임금성에 관하여 “근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 지급일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 그 특정 시점에 재직 중인 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건이 된다. 그러한 임금은 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정 시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이 일반적이다. 그와 같은 조건으로 지급되는 임금이라면, 그 임금은 이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 그 특정 시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부는 불확실하므로, 고정성도 결여한 것으로 보아야 한다.”고 판시하였다. 이후 다수의 하급심 재판에서 ‘지급일 재직 조건’이 붙은 정기상여금이 통상임금에 해당하는지 여부가 다투어졌다. 재직자 조건이 있음을 이유로 정기상여금이나 매월 지급되는 상여수당 등의 통상임금성을 부정한 판결이 다수이나,¹⁾ 몇몇 하급심 판결에서는 정기상여금 지급일에 재직하는 자를 지급대상으로 삼아 그 전에 퇴직한 근로자는 지급받지 못하는 경우는 매우 소

수인 퇴직자에 한정되기 때문에 고정성을 부인할 수 없다거나, 정기상여금은 후불제적 임금으로 지급일 이전 퇴직자에게는 일할계산해서 주는 것이 타당하므로 재직일 조건이 달렸다고 해서 재직일 전 퇴직자에게 정기상여금을 하나도 주지 않는 것은 위법하고 따라서 재직일 조건이 달린 정기상여금도 고정성이 있다는 이유로 재직자 조건이 있음에도 불구하고 정기상여금 등의 통상임금성을 긍정하였다.²⁾

이러한 상황에서 대법원은 2017. 9. 26. 선고된 2개의 판결에서 지급일 현재 재직하고 있는 근로자에게만 지급되는 정기상여금은 근로자가 근로를 제공하더라도 지급일 전에 퇴직하면 당해 정기상여금을 전혀 지급받지 못하므로 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 고정성도 인정되지 않아 통상임금에 해당하지 않는다는 취지로 판단하였다. 이들 판결은 2013년의 전원합의체 판결에서 제시한 고정성에 관한 판단기준을 정기상여금에도 그대로 적용한 것으로 보이는데, 과연 설·추석상여금, 하기휴가비, 귀성여비, 김장보너스, 선물비 등 근로자에게 재정적 수요가 필요한 ‘특정한 시기’에 소정근로의 제공 여부를 묻지 않고 재직여부라는 우연한 상황에 따라 그 전액의 지급여부가 결정되는 수당과 정기상여금을 규범적으로 동일하게 취급하는 것이 정당한가 하는 의문이 든다. 무엇보다 이들 판결은 소정근로의 대가인 임금은 그 지급기일 이전에 퇴직하더라도 소정근로에 상응하는 부분만큼은 당연히 지급해야 한다는 일반적인 이해와는 반대로, 지급기일 이전에 퇴직하는 경우에는 지급되지 않는다는 조건이 붙은 금원(그러한 조건의 유효성에 관한 판단을 생략한 채)은 소정근로의 대가가 아니라고 판단하였는데, 이는 문제가 되는 금원의 법적 성격이 무엇인지를 살피는 것이 아니라, 그러한 금원의 지급조건을 가지고 그 금원의 법적 성격이 무엇인지를 결정하는 방식으로 역전(逆轉)된 논리를 보여 준다.

기본적으로 우리나라에서 기본급에 고정된 지급률을 곱하여 산정된 고정급 형태의 정기상여금은 실질적으로는 월소정근로에 대응하는 기본급을 수

1) 서울중앙지방법원 2016. 1. 29. 선고 2012가합87787 판결(서울메트로 사건); 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2012가합88902 판결(대우조선해양 사건); 서울고등법원 2016. 10. 12. 선고 2015나25909 판결(서울특별시도시철도공사 사건); 서울고등법원 2017. 5. 12. 선고 2016나2039352 판결(중소기업은행 사건) 등.
2) 부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2011가합27496 판결(르노삼성자동차 사건); 서울북부지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합20572 판결(삼양교통 사건) 등.

개월 누적하여 후불함에 다른 아니라고 생각한다. 현행 근로기준법은 상여금에 대한 정의규정을 두고 있지 않고, 다만 근로기준법시행령 제23조 제3호에서 임시로 지급하는 임금 등의 하나로 “1개월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 따라 산정되는 장려금, 능률수당 또는 상여금”을 규정하고 있을 뿐이다. 대법원은 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결에서 상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 당시의 근로기준법 제36조 제2항 단서 및 동법시행령 제18조에 규정된 임시지급의 임금과 같이 볼 수 없고 정기일 지급 임금의 성질을 띤 것이라고 보아야 하므로, 상여금지급기간 만료 전에 퇴직한 근로자라도 특단의 사정이 없는 한 이미 근무한 기간에 해당하는 상여금은 근로의 대가로서 청구할 수 있다는 취지로 판단하였다. 참고로 일본의 행정해석은 노동기준법의 제정 초기부터 정기적으로 지급되고 또한 지급액이 확정되어 있는 것은 상여로 보지 않고 정기 또는 임시로 근로자의 근무성적에 의하여 지급되어 지급액이 확정되어 있지 않은 것만을 상여로 보는 입장이었고,³⁾ 이러한 입장은 현재에도 유효하게 견지되고 있다.⁴⁾ 일본의 경우 지급액이 확정되어 있지 않은 본래의 의미의 상여는 정기일지급의 원칙이 적용되지 않으나,⁵⁾ 지급액이 확정되어 있는 경우에는 그 명칭의 여하에 관계없이 이를 상여로 보지 않으며, 따라서 이러한 금원은 일본 노동기준법 제24조 제2항의 규정에 따라 매월 지불하여야 한다고 해석된다.

따라서, 근로기준법시행령 제23조 제3호에서 임금정기일지급원칙의 예외로 규정하는 ‘상여금’은 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 기업의 경영실적, 근로자의 근무성적 등의 사유에 따라 산정하여 지급되는, 따라서 본질적으로 그 지급금액이 가변적인 금원만을 의미한다. 따라서 ‘고정금’으로 지급되는

3) 1947(昭22).9.13, 發基 17号: 「【法第二四條關係】賞与とは、定期又は臨時に、原則として労働者の勤務成績に応じて支給されるものであつて、その支給額が予め確定されてゐないものを云ふこと。定期的に支給され、且その支給額が確定してゐるものは、名称の如何にかゝらばらず、これを賞与とはみなさないこと。従つて、かゝるもので施行規則第八條に該當しないものは、法第二四條第二項の規定により毎月支拂われなければならないこと。」(밑줄은 필자)

4) 일본 후생노동성 근로기준국이 2014년 발간한 노동기준법해석총람에도 위 행정해석이 여전히 실려 있다. 厚生労働省労働基準局編(2014(平26)), 『労働基準法解釋總覽』改訂15版, 労働調査會, p.258.

5) 片岡 昇(송강직 역)(1995), 『노동법』, 삼지원, p.485.

정기상여금은 당연히 소정근로의 대가이고 엄격한 의미에서 상여금(Bonus 또는 一時金)의 개념에 포섭되지 않는다. 그러므로 고정급 형태의 정기상여금은 ‘상여금’ 자체가 아니며, 따라서 수개월마다 정기적, 고정적으로 지급되는 정기상여금 지급약정은 그 자체가 임금정기일지급의 원칙에 위반하여 무효이고, 다만 무효행위의 전환의 법리에 따라 정기상여금 명목의 금원을 매월 정가지급일에 안분하여 지급하는 계약으로 인정될 수 있을 뿐이다.

이와 같이 소정근로의 대가로 지급되는 성질을 지니고 있음이 분명한 고정급의 정기상여금⁶⁾은 그 지급대상기간의 중도에 퇴직한 근로자에 대해서 실제 근무일수에 비례한 만큼의 일부 지급이 당연히 이루어져야 한다.⁷⁾ 따라서 일부 사업장의 단체협약 등에 ‘지급일 재직 조건’과 함께 일할지급에 관한 규정이 있는 경우, 이러한 일할지급 규정은 확인적 의미를 갖는다고 보아야 할 것이며, 일할지급에 관한 명문의 규정이 없는 사업장의 경우에도 정기상여금의 지급일 이전에 퇴사한 근로자는 자신이 제공한 근로기간에 상응하는 금액의 정기상여금을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러므로 고정급 형태의 정기상여금에 부가된 지급일 재직 조건이 정기상여금의 전액을 지급하지 않는다는 취지라면, 이러한 조건은 임금정기일지급의 원칙,⁸⁾ 임금채권의 사전포기의 제한⁹⁾, 강제근로의 금지 등 근로기준법의

- 6) 물론, 상여금이 분기 또는 1년의 소정근로에 대하여 지급하기로 한 분기급 또는 연급(연봉)으로서의 성질을 가지는 것은 아니라는 견해도 있다. 대표적으로, 하경효(2013), 『임금법제론』, 신조사, p.87.
- 7) 김도형(2016), 「통상임금의 고정성 징표에 대한 검토」, 『해밀 이슈페이퍼』 제2호, 노동법연구소해밀, p.7.
- 8) 임종률 교수는 정기일지급의 원칙과 관련한 부분에서 “수개월에 1회씩 지급되는 상여금의 지급 기일 전에 근로자가 퇴직한 경우 그 상여금을 지급해야 하는지가 문제될 수 있다. 그러나 상여금이 근로의 대가로서의 성격을 가지고 있는 이상 지급기일 전에 퇴직하더라도 그 산정기간에 실제 근무한 일수나 그 밖의 산정기준에 따라 상여금을 지급해야 한다. 따라서 상여금 지급기일에 재직할 것을 그 지급조건으로 정하는 것은 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다.”라고 서술하고 있다. 임종률(2016), 『노동법』 제14판, 박영사, p.418.
- 9) “모든 임금은 근로의 대가로 지급되는 것이고, 상여금 또는 수당의 임금성이 증명되는 이상 지급기준일 이전에 퇴직한 근로자에게도 퇴직시점까지의 근로의 대가는 해당 기간의 근로제공일수 비율에 따라 지급되어야 한다. 이러한 점에서 재직자임금지급규정은 근로자가 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기토록 하는 약정으로 무효”라는 지적으로, 김기선(2015), 「재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다」, 『노동판례리뷰 2014』, 한국노동연구원, p.64.

명문규정 및 공서양속에 반하여 무효이다.

한편 정기상여금 지급약정에 부가된 지급일 재직 조건은 정기상여금이라는 임금채권의 발생에 관한 계약의 기본적인 내용을 구성하는 것이 아니라 그러한 계약의 조건, 즉 부관(附款)에 불과하므로, 정기상여금에 붙은 지급일 재직 조건이 무효인 경우에는 기본적인 정기상여금 지급약정은 조건이 없는 법률행위로 존재하게 된다. 따라서 지급일 이전에 퇴사한 근로자도 유효하게 정기상여금에 관한 임금채권을 행사할 수 있어야 하며, 다만 지급일 재직 조건은 퇴사일의 다음 날 부터 지급일 내지 정기상여금의 산정기간의 종일(終日)까지의 기간, 즉 퇴사로 인하여 근로를 제공하지 않는 기간에 상응하는 부분의 정기상여금을 비례적으로 감축한다는 취지로 제한적으로 해석될 수는 있을 것이다.

대상판결들은 정기상여금에 관한 ‘지급일 재직 조건’의 유효성에 관한 판단을 생략한 채 이러한 조건의 유효함을 전제로 정기상여금의 통상임금성을 부정하였다는 점에서 동의하기 어렵다.

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

포괄임금약정의 성립 판단

- 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도1060 판결 -

【판결요지】

기본임금을 미리 산정하지 아니한 체 제 수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 매월 일정액을 제 수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제에 관한 약정이 성립하였는지 여부는 근로시간, 근로형태와 업무의 성질, 임금 산정의 단위, 단체협약과 취업규칙의 내용, 동종 사업장의 실태 등 여러 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 구체적으로 판단하여야 한다. 이때 단체협약이나 취업규칙 및 근로계약서에 포괄임금이라는 취지를 명시하지 않았음에도 묵시적 합의에 의한 포괄임금약정이 성립하였다고 인정하기 위해서는, 근로형태의 특수성으로 인하여 실제 근로시간을 정확하게 산정하는 것이 곤란하거나 일정한 연장·야간·휴일근로가 예상되는 경우 등 실질적인 필요성이 인정될 뿐 아니라, 근로시간, 정하여진 임금의 형태나 수준 등 제반 사정에 비추어 사용자와 근로자 사이에 그 정액의 월급여액이나 일당임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되는 경우이어야 할 것이다.

연장·야간·휴일근로를 하는 경우 그 시간에 상응하여 법정수당(통상임금의 1.5배)을 지급하여야 한다. 연장·야간·휴일근로가 종종 예상되는 근로자에게 그 시간을 일일이 계산하지 않고 월마다 전체적으로 얼마 식으로 수당을 정해 놓기도 한다. 이러한 임금체계를 포괄임금제라 부르며 그러한 합의를 포괄임금약정, 포괄임금계약이라 부른다. 포괄임금약정은 법정수당을 정확히 계산하지 않고 계산상의 편의를 도모하려는 방법이다. 약정된 수당이 실제로 연장·야간·휴일근로를 한 법정수당보다 더 많더라도 정산하여 삭감하지 않고, 더 적더라도 정산하여 추가로 지급하지 않는다는 점이 포괄임금약정의 핵심이다.

노사당사자 간의 이러한 포괄임금약정(또는 취업규칙에서 포괄임금제를 규정하여 사업장에 적용되는 경우도 마찬가지이다)대로 법적 효력을 인정하

는가는 더 검토가 필요하다. 노사당사자 간의 합의나 취업규칙이 근로기준법처럼 최소한도로 제시된 노동법적 규율에 미치지 못하는 경우에는 법상의 기준을 충족하도록 수정되는 것이 법적 판단이기 때문이다. 즉 포괄임금약정에 따라 더 지급되는 경우라면 문제가 없지만, 덜 지급되는 경우에는 법정수당 수준이 반드시 지급되도록 정산하여야 한다. 포괄임금약정은 일일이 정산하지 않겠다는 것인데, 법은 적은지를 비교하여 정산하라고 한다. 따라서 적은지를 정산하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하는지를 면밀히 따져 보아야 한다.

예전에는 업무성격, 근로형태 등을 보아, 작업시간의 시작과 종료가 명확한 생산직 근로가 아니라면, 포괄임금약정대로 계산을 인정하고 별도로 정산하지 않는 것이 실무적 경향이었고, 판례도 포괄임금약정이 적법하여 정산하지 않는다고 널리 인정해 주었다. 그러나 최근에는 판례의 경향이 바뀌어, 포괄임금약정으로 정산이 필요하지 않은가를 엄격히 따지고 있다.

판례의 변화의 배경에는 저임금·장시간근로의 관행에 대한 반성에 있다. 포괄임금제가 방만하게 허용된다면 약정된 수당을 낮게 책정해 놓고서(또는 더 나아가 약정된 수당의 액수를 명시하지 않고 하루 일당이나 월급 총액 속에 법정수당에 상응하는 수당이 포함되어 있다고 하면서) 항상 연장·야간·휴일근로를 많이 시킬 수 있다. 임금과 근로시간에 대한 법률적 규제가 무력화된다.

판례의 변화는 크게 두 가지 방향이다. 첫째는 포괄임금약정대로 정산하지 않아도 되는 경우는 실제의 근로시간을 산정하기 어려운 경우만이 해당된다고 판단한다. 포괄임금약정의 ‘유효성’ 판단이 엄격해진 것이다. 대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결에서 “감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 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.”고 판시했다. ‘근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙’이란, ‘사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 기본임금을 결정하고 이를 기초로 하여 근로자가 실

제로 근무한 근로시간에 따라 시간외근로·야간근로·휴일근로 등이 있으면 그에 상응하는 시간외근로수당·야간근로수당·휴일근로수당 등의 법정수당을 산정하여 지급함이 원칙'이라는 말이다. 이 대법원 판결은 식당의 조리 업무와 홀서빙 업무가 근로시간 산정이 어렵지 않다고 판단하고 담당 근로자들에게 포괄임금약정에도 불구하고 실제의 근로시간에 따라 법정수당과의 차액을 정산하여 추가로 지급하여야 한다고 판시했다. 이후 대법원 판결로, 대법원 2014. 6. 26. 선고 2011도12114 판결에서도, 앞서의 판례 법리를 인용하면서, 예술직업학교의 교수들이 지문인식기나 출퇴근 카드를 통해 출퇴근 상황을 기록한 사실 등에 비추어 근로시간 산정이 어려운 경우가 아니라고 판단했다. 대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결에서도, 노인센터의 요양보호사들이 주·야 3교대 근로를 하고 출퇴근 시간이 정해져 있고 야간에도 늘 대기상태에 있어 육체적·정신적 부담이 상당하였던 점 등에 비추어 근로시간 산정이 어려운 경우가 아니라고 판단했다.

그래서 이제는 근로시간 산정이 어려운 경우가 아니라면 포괄임금약정이 유효하지 않다는 판례 법리가 정착된 상황이다. 또한 위에서 언급한 최근의 대법원 판결들의 사건에서는 근로시간 산정이 어려운 경우가 아니라고 판단하여, 포괄임금약정이 유효하지 못하게 되었다. 감시·단속적 근로가 아닌데도 근로시간 산정이 어려운 경우로 인정될 경우가 더 있을지 앞으로 판례의 추이가 주목된다.

판례의 변화의 둘째는, 포괄임금약정이 명확히 합의되지 않은 경우, 묵시적으로 포괄임금약정이 있다고 쉽게 인정하지 않고, 포괄임금약정은 없다고 판단한다. 포괄임금약정의 '성립' 판단이 엄격해진 것이다. 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다57852 판결에서 “포괄임금제에 관한 약정이 성립하였는지 여부는 근로시간, 근로형태와 업무의 성질, 임금 산정의 단위, 단체협약과 취업규칙의 내용, 동종 사업장의 실태 등 여러 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 구체적으로 판단하여야 하며, 비록 개별 사안에서 근로형태나 업무의 성격상 연장·야간·휴일근로가 당연히 예상된다고 하더라도 기본급과는 별도로 연장·야간·휴일근로수당 등을 세부항목으로 명백히 나누어 지급하도록 단체협약이나 취업규칙, 급여규정 등에 정하고 있는 경우는 포괄임금제에 해당하지 아니한다고 할 것이고, 단체협약 등에 일정 근로시간을 초과한 연장근로시간에 대한 합의가 있다거나 기본급에 수당을 포함한 금액을 기준으로 임금인상률을 정하였

다는 사정 등을 들어 바로 위와 같은 포괄임금제에 관한 합의가 있다고 선불리 단정할 수는 없다.”고 판시했다. 이러한 판례 법리는 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결 및 대법원 2016. 8. 24. 선고 2014다5098, 2014다5104 판결에서도 반복되었다. 대상판결은 이러한 판례 법리를 따르면서 “단체협약이나 취업규칙 및 근로계약서에 포괄임금이라는 취지를 명시하지 않았음에도 묵시적 합의에 의한 포괄임금약정이 성립하였다고 인정하기 위해서는, 근로형태의 특수성으로 인하여 실제 근로시간을 정확하게 산정하는 것이 곤란하거나 일정한 연장·야간·휴일근로가 예상되는 경우 등 실질적인 필요성이 인정될 뿐 아니라, 근로시간, 정하여진 임금의 형태나 수준 등 제반 사정에 비추어 사용자와 근로자 사이에 그 정액의 월급여액이나 일당임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되는 경우이어야 할 것이다.”라는 판단을 추가했다. 그리하여 건설일용직 근로자의 근로계약서에 근로시간과 일당만이 기재되어 있고 법정수당 등을 포함한다는 취지의 기재는 전혀 없는데 일당이 다른 사람이나 다른 건설현장에서보다 많다는 이유만으로는 당연히 법정수당이 포함된 포괄임금계약이 묵시적으로 체결되었다고 볼 수 없다고 판단했다.

근로시간 산정이 어렵다는 사정만으로는 포괄임금약정이 묵시적으로 인정되지 못한다. 일정한 연장·야간·휴일근로가 예상된다는 사정만으로도 포괄임금약정이 묵시적으로 인정되지 못한다. 포괄임금약정이 명시적으로 합의되어야 한다. 판례가 여러 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 포괄임금약정이 묵시적으로 인정될 경우가 있다고는 하지만, 추가지급은 없다는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되어야 한다는 점을 요구하고 있고, 그 대법원 판결들의 사건들에서 묵시적 합의는 없었다고 판단했다. 이제는 묵시적 합의가 있었다고 인정받기가 어려워졌다.

결국 현재의 판례 법리에 따르면, 포괄임금약정은 명백하게 그런 약정이 있다고 합의되어야 하고, 근로시간 산정이 어려운 경우여야 한다. 법의 해석론이 그렇게 바뀌었고, 대상판결처럼 일련의 판례들이 축적되어 이제는 그러한 판례법리가 확고해졌다고 평가할 만하다.

내국인 승무원에 대한 용모제한 규정의 국적차별 여부

- 서울고등법원 2017. 2. 8. 선고 2016누50206 판결 -

【판결요지】

(1) 종교나 관습 등에 의하여 수염 허용 여부를 달리 규제할 합리적 필요성이 있다면 이는 ‘국적’이 아닌 그러한 사유를 기준으로 내외국인에게 동일하게 적용되어야 할 것이다. 이 사건 조항이 ‘국적’을 기준으로 수염을 기르는 것에 대한 허용 여부를 달리 규제하는 것은 합리적 이유 없는 부당한 차별로 헌법 제11조 및 근로기준법 제6조가 규정한 평등원칙에 반한다.

(2) 원고는 일단 용모규정이 제정되어 시행되고 있는 이상 그 내용에 동의하지 않거나 그러한 규제가 개인의 자유를 과도하게 제한한다고 생각하더라도 근로자는 이를 준수할 의무가 있고 임의로 이를 위반하는 것이 정당하다고 볼 수 없으므로 이 사건 비행정지는 정당하다는 취지로 주장한다. 그러나 위와 같은 원고의 주장은 결국 부당한 규정에 대하여도 사업주가 이를 규정하였다면 근로자는 일단 이를 준수할 의무만이 있고, 근로자가 그 부당성을 주장하며 시정지시를 이행하지 않는 경우 사업주가 업무상 필요성이 인정되지 않음에도 그 근로자를 업무에서 배제하는 등의 업무명령을 할 수 있다는 것이므로 이는 받아들일 수 없다.

항공운송업을 영위하는 원고의 용모 규정은 운항승무원의 수염을 금지하면서 관습상 콧수염이 일반화된 외국인 운항승무원은 타인에게 혐오감을 주지 않는 범위에서 허용하고 있다. 원고 회사는 기장인 A에게 턱수염을 면도할 것을 명령하고 이를 따르지 않자 비행 업무를 약 2주 동안 정지시켰다. A는 이 사건 비행정지가 부당한 인사처분이라고 주장하면서 노동위원회 구제신청을 하였다. 중앙노동위원회는 ‘징계사유의 정당성은 인정되나 징계양정이 적정하지 않다’는 이유로 구제명령을 하였다. 행정소송 1심에서는 ‘이 사건의 비행정지가 근로계약 등에 위배되거나 권리 남용에 해당하지 않고, 경영상 필요나 업무수행을 위한 합리적 이유에 근거’한 것으로 정당하다고 판단하였다.

원고인 항공사는, 항공기 기장으로 10년간 근무하던 근로자 A가 갑자기 수염을 길렀고 이에 대해 용모규정에 따라 면도하라고 지시했음에도 따르지 않았기 때문에 항공사의 관련 규정을 준수하여 안전하게 비행할 수 있는 상태인지 확신하기 어려웠다고 항변하였다. 참가인 A는 이 사건 용모규정이 국적에 따른 차별로 부당하여 따를 수 없었을 뿐 비행을 하기에 부적합한 심리적, 신체적 상태가 아니었다고 주장하였다. 따라서 문제된 용모규정이 국적에 따라 차별하는 위법한 규정인지 여부가 비행정지 명령의 정당성을 판단하는 중요한 기준이 되었다.

근로기준법의 균등처우 원칙(제6조)은 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다고 규정한다. 이 사건 용모규정은 수염을 금지하되 “관습상 콧수염이 일반화된 외국인의 경우에는 타인에게 혐오감을 주지 않는 범위 내에서 이를 허용”하기 때문에 균등처우 원칙에 반하는 국적차별에 해당하는지 여부가 문제된다. 이 사건 용모규정이 국적에 따라 근로자를 다르게 대우한다는 점에 대해서는 이견의 여지가 없고, 이러한 차등대우를 국적차별의 예외로 보고 정당화할 수 있는지가 쟁점이다.

원고인 항공사는 “관습상 콧수염이 일반화된 외국인의 경우에 이를 허용함으로써 외국인의 문화와 관습을 존중하는 차원에서 내국인에게 적용하는 규정의 예외를 인정하고 있는 것일 뿐”이라고 주장하였다. A가 제기한 진정에 대해 외국인을 불합리하게 우대하는 규정이라기보다는 상대적 소수집단인 외국인에 대한 차이를 인정한 것으로 국적 차별이 아니라고 한 국가인권위의 결정과 유사한 맥락이다.

이 사건 재판부는 문제된 용모규정이 “관습상 콧수염이 일반화된” 외국인에게 예외를 허용한다고 하였으나, 실제로는 관습이나 종교 등과 관련 없이 내국인/외국인 여부만을 기준으로 수염 허용 여부를 달리 적용했다는 점에 주목하였다. 수염을 길러야 할 특별한 관습 등의 사유가 없고 외모만으로는 외국인 승무원인지 여부를 알기 어려운 동양인 승무원의 경우, 업무의 내용이나 고객들에 대한 인식 등에 있어 내국인 승무원과 아무런 차이가 없음에도 수염이 허용되는 반면 내국인 승무원은 전면적으로 금지되었기 때문이다. 항공사의 주장과 같이 종교나 관습 등에 의하여 수염을 반드시 길러야 할 외국인을 소수자로 보고 배려할 합리적 필요성이 있다면 이는 ‘국적’이 아닌 ‘종교,

관습' 등을 기준으로 내외국인에게 동일하게 적용되어야 한다는 것이다.

항공사 측은 국적차별을 정당화하는 사유로 외국인의 다양성 배려에 더하여 승객의 안전과 직결된 비행기 운항업무의 특성을 제시하였다. 항공사 소속 근로자의 단정한 용모와 복장은 준비된 근무자세와 책임의식을 표상하고 항공사에 대한 고객의 신뢰도와 직결되므로 용모규정을 통해 내국인 직원의 수염을 금지할 수 있다는 것이다. 부부싸움을 한 것으로 확인된 기장에 대해 면담 등을 거쳐 비행에 적합한 상태인지 체크할 정도로 안전에 유의해야 하는 항공사의 특성을 강조하였다. 이에 대해 이 사건 판결은 “수염을 기른 내국인 승무원이 수염을 기른 외국인 승무원에 비하여 안전성에 문제가 있다는 점에 관하여 이를 뒷받침할 아무런 자료가 제출되지 못했다”고 판단하였다. 동종업계 다른 항공사는 내국인 승무원의 수염을 전면 금지하지 않은 점, 원고 역시 외국인에 대하여는 타인에게 혐오감을 주지 않는 범위 내에서 수염을 허용하는 점, 소속 외국인 승무원 137명 중 20명 이상이 수염을 기르고 있음에도 고객불만이 접수된 적이 없는 점 등에 비추어 보았을 때 안전하고 신뢰할 만한 항공사라는 기업의 이미지에 방해되거나 내국인 승무원의 수염이 외국인 승무원과 달리 근무자세나 책임의식에 미치는 영향이 크다고 인정할 근거가 없다고 하였다.

이 사건에서는 용모규정이 유효하더라도 그 위반 관련 시정지시를 이행하지 않은 것을 이유로 비행정지를 명한 것이 정당한 업무명령인지 여부도 예외적으로 검토되었다. 설령 이 사건 용모규정이 유효하다 하더라도 그 위반만을 이유로 비행정지를 명령한 것은 정당한 업무명령의 범위를 벗어난 것으로 위법 무효하다는 것이 항소심의 판단이다. 이미 5개월 동안 수염을 길렀음에도 임원의 지적이 있던 날 바로 비행정지 명령이 내려진 점, 참가인 A가 해당 용모규정의 위법성 및 개선 필요성에 대해 합리적으로 지적하면서 바람직한 방향으로 개선된 규정을 준수하면서 비행을 계속 하고 싶다는 의사를 밝혔다는 점, 면도를 거부하는 A가 비행에 적합한 신체적, 심리적 상태인지 동료 기장 등에게 확인하려는 시도를 하지 않은 채 규정 위반만을 이유로 비행정지 명령을 했다는 점 등을 보건대, 해당 업무명령에 업무수행상 필요한 합리적 이유를 인정하기 어렵다고 하였다. 또한 업무수행상 필요성에 비해 근로자에게 미치는 생활상의 불이익이 크다는 점도 중요한 판단근거이다. A는 비행정지 명령으로 인해 월급여의 30%에 해당하는 비행수당을

받을 수 없었는데, 근로기준법에서 감급이 월급여의 10분의 1을 초과할 수 없다고 규정한 취지를 고려했을 때 과도한 불이익이라고 판단한 것이다. 부당한 규정에 대하여 근로자가 그 부당성을 주장하며 시정지시를 이행하지 않는 경우, 업무상 필요성이 인정되지 않더라도 불리한 조치를 명령할 수 있다는 원고 측 회사의 주장을 받아들일 수 없다고 하였다.

서구에서는 수염, 턱선 착용을 제한하는 외모규정이 종교 및 인종차별 소송으로 제기되어 판례가 형성되었고, 소수종교 및 인종에 대한 차별이 되지 않도록 다양성을 포괄하는 사규를 운용해야 한다는 것이 인권기구들의 방침이다.¹⁾ 우리 사회 내 소수집단인 외국인의 다양성을 수용하기 위한 규정으로 차별이 아니라고 본 국가인권위의 결정도 소수종교 및 인종에 대한 차별을 방지할 필요성을 고려한 것으로 보인다. 그러나 이 사건의 용모규정은 수염과 관련하여 다양한 요구가 발생하는 종교 및 인종을 기준으로 하지 않고 국적만을 기준으로 했다는 점에서 외국의 사례와 구별되는 지점이 있다. 비록 이 사건 규정에서 “관습상 콧수염이 일반화된” 외국인이라고 수식하기는 하였으나, 외국인 승무원에 대해서는 종교나 관습을 묻지 않고 수염을 허용했다는 점에서 사실상 국적을 기준으로 차등대우하는 규정이다. 설령 외국인 승무원의 종교나 관습을 검토하여 허용했다 하더라도, 종교적 이유로 수염을 길러야 하는 내국인에 대해서 다르게 대우하여야 할 정당한 사유를 제시할 수 없다는 점에서 국적차별이 성립할 수밖에 없다. 항공사 업무의 특수성을 반영하면서도 균등처우 원칙을 준수하는 용모규정을 운용하려면 “종교나 인종, 관습상 콧수염이 필요한 임직원에 대하여는” 허용된다고 개정할 필요성이 있다.

이 판결은 업무명령의 정당성 인정 범위에 대해서도 유의미한 시사점을 제시한다. 부당한 규정을 위반했다는 사실만으로는 해당 업무명령을 정당화할 수 없다는 것이다. 이 사건 1심 판결에서는 항공 운항의 안전을 확보하고 고객으로부터 만족과 신뢰를 얻는 데 직·간접적으로 필요한 범위에서 일반 기업체에 비해 복장, 용모에 대하여 폭넓은 제한을 할 수 있기 때문에 정당

1) 미국의 EEOC는 복장, 수염 및 용모 관련하여 근로자의 종교적 신념이나 인종적 이유 등에 근거한 편의를 수용해야 한다고 안내한다. 근로자의 편의제공 요구를 수용할 경우 경영상 현저한 곤란이 초래된다고 사용자가 입증할 경우 종교 및 인종차별의 예외로 인정될 수 있다(<https://www.eeoc.gov/laws/types/religion.cfm>).

한 업무명령이라고 하였다. 반면에 항소심 판결에서는 수염을 기르는 것이 비행 안전성에 미치는 영향이 분명치 않고 균등처우 원칙 위반 소지가 있다는 점, 수염 금지 규정을 위반한 것이 근로자의 불안정한 심리상태, 운항규정 미준수 의지 등을 보인다고 판단할 근거를 회사에서 확보하지 않았다는 점에 주목하였다. 항공사라는 특수성을 고려하더라도 비행정지를 명령할 업무상 필요성이 구체적으로 뒷받침되어야 하며, 규정위반만을 근거로 정당화할 수 없다는 것이다.

» 구미영(한국여성정책연구원 연구위원)

퇴직하면 지급하지 않는 정기상여금은 통상임금이 아니라는 사례

- 서울고등법원 2017. 5. 12. 선고 2016나2039352 판결 -

【판결요지】

① 피고 은행은 이 사건 보수 관련 규정에 따라 이 사건 상여금의 지급일 이전에 퇴직하는 근로자나 휴직자 등에 대하여 이 사건 상여금을 지급하지 않았던 사실, ② 반면 지급일 당시 재직하는 근로자나 복직자에 대해서는 근무기간에 상관없이 이 사건 상여금을 전액 지급하였던 사실을 인정할 수 있다. 위와 같이 피고 은행 소속 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 지급일 이전에 퇴직하거나 휴직할 경우 이 사건 상여금을 받을 수 없다면, 근로자가 근로를 제공하는 시점에서는 이를 받을 수 있을지 확실하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 상여금은 ‘고정적인 임금’으로 볼 수 없으므로, 통상임금에 해당하지 않는다.

(1) 대법원 전원합의체 판결¹⁾ 이후에도 정기상여금이 통상임금에 해당되는지의 논란은 계속되고 있다. 대상판결은 중소기업은행의 정기상여금에 재직자 조건이 붙어있는 사건인데, 법원은 통상임금임을 부정하였다. 대법원 전원합의체 판결은 통상임금의 판단 기준을 실시하면서 설·추석 명절상여금, 하계휴가비 등에 대해 재직자 조건을 이유로 고정성을 부정하였다. 그러한 법리를 정기상여금에까지 확대하여 적용할 수 있는지가 다투어진다.²⁾

1) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 및 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결.

2) ① 정기상여금에 재직자 조건이 붙어있어 통상임금성을 부정한 판결로는 서울중앙지방법원 2016. 1. 29. 선고 2012가합87787 판결(서울메트로 판결); 서울중앙지방법원 2016. 6. 23. 선고 2012가합88902 판결(대우조선해양 판결); 서울고등법원 2016. 10. 12. 선고 2015나25909 판결(서울특별시도시철도공사 판결) 등이 있다. ② 정기상여금에 재직자 조건이 있음에도 불구하고 통상임금성을 인정한 판결로는 부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2011가합27496 판결(르노삼성자동차 판결); 서울북부지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합20572 판결(삼양교통 판결) 등이 있다. 이러한 판결들에 대한 기존의 리뷰로, 김기선(2014), 「재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다」, 『월간 노동리뷰』

대상판결 사건에서 상여금은 노사간의 단체협약과 회사의 보수규정에 근거한다. 단체협약에 따르면, 정기상여금은 매년 연 600%를 지급하는데, 1월, 2월, 5월, 7월, 9월, 11월의 각 첫 영업일에 각 연 100%씩을 지급한다. 보수규정에 따르면, 위와 같은 규정 외에, 은행장이 필요하다고 인정하는 경우에는 지급시기를 조정할 수 있다는 단서와, 상여금은 지급일 현재 재직 중에 있는 자에 한하여 지급한다는 규정을 추가하고 있다. 대상판결은 위 판결요지처럼 재직자 조건이 있어 통상임금성이 부인된다고 판시했다.

그런데 1심 판결³⁾에서는 결론이 반대였다. “고정성 판단의 핵심은 근로자가 연장근로 등을 제공하려는 임의의 날에 해당 임금의 지급 여부 및 지급 금액이 확정되어 있는지 여부이므로, 단순히 어떤 임금 항목에 지급일 현재 재직 중일 것이라는 요건이 부가되어 있다는 이유만으로 다른 사정들은 더 이상 볼 것도 없이 곧바로 그 임금은 고정성이 탈락되어 통상임금에 해당하지 않는다고 판단할 것은 아니다.”라고 하면서, 이 사건 정기상여금은 1년 단위로 연 600%가 지급되는 임금인데 이것이 6회로 분할되어 지급되는 점에서 1회에 지급되는 금액인 연 100%는 2개월의 근로에 대한 대가로 봄이 상당하며,⁴⁾ 근로자가 1년 중 어느 날에 퇴직을 한다 하더라도 그 근로자는 퇴직일까지의 근로에 대하여 이미 정기상여금을 지급받은 것으로 보았다. 즉 대상기간의 지급일이 첫 영업일로 초일이거나 이미 지났으므로(3-4월 대상으로는 2월 첫 영업일에 지급됨) 결국 지급 여부가 확정되었다는 점에서 통상임금의 고정성이 인정된다는 논리이다.

이에 반해 대상판결인 2심 판결은 이 사건 상여금이 미리 지급된 선불임금으로는 인정되지 않는다고 판단한다. 단체협약 등에 대상기간이 2개월씩

2014년 4월호, 한국노동연구원, pp.79-82; 김홍영(2014), 「재직자 조건이 부가된 정기상여금과 통상임금」, 『월간 노동리뷰』 2014년 12월호, 한국노동연구원, pp.90-93; 김홍영(2015), 「정기상여금에 재직자 조건이 붙어도 통상임금 인정」, 『월간 노동리뷰』 2015년 10월호, 한국노동연구원, pp.99-101 등이 있다.

3) 서울중앙지법 2016. 5. 26. 선고 2014가합33869 판결(중소기업은행 판결). 이 판결에 대한 필자의 리뷰로, 김홍영(2016), 「지급대상기간 초일에 지급하는 정기상여금은 재직자 지급 조건에도 불구하고 통상임금으로 인정」, 『월간 노동리뷰』 2016년 7월호, 한국노동연구원, pp.102-105이 있다.

4) 1심 판결에서는 이 사건 상여금의 임금산정기간이 1월분의 경우 1-2월, 2월분의 경우 3-4월, 5월분의 경우 5-6월, 7월분의 경우 7-8월, 9월분의 경우 9-10월, 11월분의 경우 11-12월로 판단했다.

나뉘어져 있지 않으며, 3·4월의 임금산정기간에 관한 상여금을 2월 첫 영업일에 미리 지급하도록 하는 것은 매우 이례적이며, 개정 연혁을 보아도 이 사건 상여금 관련 규정은 일정한 임금산정기간을 염두에 두고 개정되지 않았고 나아가 선불임금인 것을 전제로 개정되지도 않았다. 결국 선불임금이 아니므로 지급 여부가 확정된 것이 아니다. 나아가 재직자 조건이 있어 각 지급일에 재직해야 지급되므로 그 전의 임의의 날에는 지급 여부가 불확정이다. 그래서 통상임금이 아니라는 논리이다.

(2) 대법원 전원합의체 판결은 통상임금성의 판단 기준으로 고정성을 요구하고, 그 고정성의 핵심으로 ‘사전확정성’을 요구한다.⁵⁾ 대상판결의 1심과 2심 모두 사전확정 여부를 중시하면서, 다만 사실관계에 대한 평가가 다를 뿐이다.

필자는 비록 대법원 전원합의체 판결이 고정성, 나아가 사전확정성을 중시하는 설시를 하고 있지만, 이를 지나치게 강조하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 대상판결의 사안처럼 재직자 조건을 두거나, 다른 판결례⁶⁾처럼 일정 근무일수 조건을 두면 사전확정성은 쉽게 부정된다. 이러한 형식적인 판단이 단체협약상의 노사합의, 취업규칙상의 자율 등 노사의 의사를 존중하는 것처럼 치장된다. 그 노사의 의사에 의해 연장근로에 대한 가산임금을 낮게 책정할 수 있어, 결국 가산임금으로 연장근로를 제한하려는 법의 근본 취지가 몰각된다. 연장근로 가산임금에 관한 근로기준법의 규정(법 제56조 참조)이 강행규정으로서 규범력을 가지고 있다고 말할 수 있겠는지 우려된다.

(3) 보다 더 큰 우려는 임금의 지급조건이 강제근로의 금지라는 노동법의 대원칙(근로기준법 제7조 참조)을 훼손한다는 점이다. 재직자 조건이나 일정

-
- 5) ‘고정적인 임금’이란 ‘임금의 명칭 여부를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히도 확정적으로 받게 되는 최소한의 임금’을 말하므로, 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정되어 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금은 고정성을 갖춘 것으로 볼 수 있다.
- 6) 일정 근무일수 조건을 이유로 정기상여금의 통상임금성을 부정한 판결로는, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다10017 판결(성남시내버스 판결, 1개월에 13일 만근조건); 서울고등법원 2015. 11. 27. 선고 2015나2009033 판결(현대자동차 판결, 2개월에 15일 근무조건); 서울고등법원 춘천제1민사부 2016. 1. 13. 선고 (춘천)2015나392 판결(강원랜드 판결, 2개월에 15일 근무조건) 등.

근무일수 조건(특히 만근조건)은 그 조건을 성취할 때까지 지급하지 않겠다는 부지급 조건을 의미한다. 성취의 방법으로 계속 재직하는 것, 계속 출근하는 것 이외에 다른 것이 요구되지 않는다. 이러한 점에서 퇴직의 자유를 심하게 침해할 수 있다. 개인 사정에 따라 피치 못하게 결근할 수도 있는데, 상여금의 상실을 초래하니 무리하여 출근하여야 한다. 이미 600% 상여금, 1,100% 상여금도 보이는데, 이 경우 조건 성취를 못하여 입게 되는 손실은 기본적인 월급의 50% 내지 100% 가까이에 이른다. 그러한 손실을 피하기 위해 불편한 마음과 몸으로 계속 근로를 제공하여야 하는데도, 이러한 지급 조건을 오로지 노사 자치의 영역으로 존중해주어야 하겠는지 의문이다. 필자는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대해 부지급 조건으로 파악하여, 그 ‘부지급 조건의 유효성을 법적으로 판단’하여야 한다고 본다.⁷⁾

우리 사회에서 상여금은 애초에 사용자가 자의적으로 지급하는 보너스로 출발했을 것이다. 임시적이었고 따라서 정기적이지 못했다. 그러나 상여금의 지급 횟수가 확대되고 단체협약·취업규칙·근로계약 등에 명시되어 연간 몇 백%로 정기적으로 지급되는 상여금으로 변화하면서, 상여금은 고정적으로 지급되는 정기상여금이 되었다. 고정적인 임금임에도 매월의 임금지급기에 포함하여 매월마다 지급되지 않는 이유는 지급대상기간이 1개월을 초과한다면 지급 시기를 늦추고, 지급 여부를 불확실하게 하려는 의도이다. 근로자의 생활안정에 기본이 되는 임금안정성을 훼손하며, 지급되지 않는 경우 노동의 대가가 제대로 지급되지 않았다는 점에서 ‘착취’이다. 그럼에도 재직자 조건이나 일정 근무일수 조건이 합법적인 것으로 인정받으려면, 지급 조건은 노사 자치의 영역이라는 말 이외에, 적극적으로 합당한 이유를 추가하여 설명하여야 한다. 지급일까지 며칠 덜 근무했다고 또는 대상기간 중 며칠 덜 근무하거나 더 근무했다고 노동의 가치가 급격하게 달라지는 합리적인 이유를 설명해야 한다. 거의 모두가 받는 것이 포상(褒賞)은 아니다. 오히려 일부가 예외적으로 못 받기 때문에 징계(懲戒)로 여길 것이다. 손실 금액이 커서 징계로서도 과도하다. 일정 근무일수 조건으로 2개월의 대상기간 중 15일 근무라는 조건에 대해 어느 판결⁸⁾에서는 “기준기간 15일 미만을 근

7) 필자의 주장에 대해 자세히는, 김홍영(2014), 「통상임금에 포함시키지 않는 재직자 조건, 일정 근무일수 조건에 대한 비판적 검토」, 『노동법연구』 제37호, 서울대학교 노동법연구회, pp.31~82 참조.

무함에 그치는 등 생산 기여도가 극히 낮은 경우”로 평가하는데, 14일까지의 근무와 15일부터의 근무가 전액 부지급과 전액 지급으로 갈리는 이유로서 충분하지 못하다.

필자는 1심 판결에 대한 리뷰 글에서 다음과 같이 서술하였다. “근로자들은 정기상여금이 제 때 제대로 나올지 불안해하면서 노동관계의 종속성이 더 심화되고, 혹여 정기상여금을 받지 못하게 되면 생계비 해결에 전전긍긍한다. ‘노동에서의 안정(安定)’을 견지하기 위해서는 정기상여금을 해체하여 통상의 임금지급주기(월급제인 경우 매월)에 안정적으로 지급되는 임금항목으로 전환하는 것이 바람직하다. 소득안정을 꾀하여 노동에서의 안정을 회복하는 것이 ‘진정한 노동개혁’의 내용으로 되어야 한다.” 통상임금 소송에서 법원의 판단이 대상판결처럼 계속 형식적인 판단에 그친다면, 임금의 안정성을 담보할 수 있도록 근로기준법령의 관련규정(법 제43조 제2항 및 시행령 제23조 제3호 등)을 개정하려는 입법개선 논의도 아울러 필요하겠다.

» 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

8) 서울고등법원 춘천제1민사부 2016. 1. 13. 선고 (춘천)2015나392 판결(강원랜드 판결).

국비유학 후 의무복무기간 미준수 경찰공무원에 대한 명예퇴직수당 지급제외 처분의 정당성 여부

- 서울행정법원 2017. 4. 7. 선고 2016구합62399 판결 -

【판결요지】

명예퇴직수당제도의 취지는 퇴직공무원의 생활보장을 도모함에 그치지 않고 공무원 조직의 능률을 향상시킴으로써 궁극적으로는 보다 양질의 행정서비스를 제공하기 위한 것이므로 명예퇴직수당 지급대상자의 결정권자는 퇴직공무원의 경제적 기대뿐 아니라 명예퇴직수당의 지급을 통하여 공무원 조직의 능률이 향상될 것인가까지 고려하여 결정할 수 있는 점, (국가공무원 명예퇴직수당 등) 지급규정 제3조의 제3항의 제외사유를 한정적·열거적 규정으로 본다면 명예퇴직수당 지급대상자의 결정권자는 공무원 조직의 능률향상을 고려한 탄력적 운영을 할 수 없게 되므로 위 제외사유는 예시적 규정으로 봄이 타당한 점, 과거 지급규정 제3조 제3항의 제외사유에 의무복무기간 중에 있는 자가 포함되어 있다가 지급규정 개정으로 삭제된 것은 의무복무기간 중에 있는 자를 일률적으로 명예퇴직수당 지급대상자에서 제외하기 보다는 각 기관의 사정에 따라 자율적으로 지급대상자를 결정할 수 있게 하는 취지로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고 주장과 같이 지급규정 제3조 제3항에서 명시적으로 열거된 사유에 해당하는 경우에만 명예퇴직수당 지급대상자에서 제외된다고 보기는 어렵다.

사안에서의 원고는 1994. 3. 1. 경위로 신규 임용되어 22년간 경찰관으로 근무하였고 2016. 2. 29. 경찰대학 경찰학과 교수요원을 마지막으로 퇴직한 자이다. 원고는 퇴직에 앞서 2016. 2. 12. 경찰대학에 명예퇴직 및 명예퇴직수당지급 신청을 하였으나, 피고 경찰청장은 2016. 2. 26. 중앙승진심사위원회를 열어 ‘공무원인재개발법 등에 따라 교육훈련 이수 후 의무복무중인 자에 대한 명예퇴직은 장려사항이 아니어서 명예퇴직수당을 지급하기에 부적격하다고 인정된다.’는 이유로 원고에 대한 특별승진 및 명예퇴직수당 지급 안건을 부결하고 2016. 2. 29. 원고를 면직시켰다. 원고는 경찰관으로 재직 중 국

비유학을 다녀온 바 있었고 의무복무기간을 모두 채우지는 못한 상태에서 국비유학에 소요된 비용을 반납한 후 명예퇴직신청을 한 것이었다. 원고 입장에서는 국비유학 후 「공무원인재개발법」(개정 2015.12.29. 법률 제13696호)이 정하는 바에 따른 의무복무기간 미준수 기간만큼 국비유학에 소요된 경비를 반환하였다는 점(공무원인재개발법 제13조 제4항, 제5항),¹⁾ 명예퇴직수당 지급의 근거가 되는 「국가공무원 명예퇴직수당 등 지급규정」(이하 ‘명예퇴직수당지급규정’, 대통령령)에서 과거 국비유학 후 의무복무기간 미준수자를 명예퇴직수당 대상자에서 제외하고 있다가 이를 삭제하여 원고 퇴직 시점에서 국비유학 후 의무복무기간 미준수를 이유로 하는 명예퇴직 거부에 대한 명시적 근거는 사라져있었다는 점, 국비유학 후 의무복무기간 미준수를 이유로 명예퇴직신청이 거부된 사례가 그동안 없었다는 점 등을 토대로 자신의 명예퇴직신청이 피고에 의해 받아들여질 것이라고 기대하고 있었다. 그러나 법원에서는 명예퇴직규정지급규정상의 명예퇴직 제외자는 예시적 규정으로 보아야 한다는 점, 명예퇴직대상자에서 당초 국비유학 후 의무복무기간 미준수자를 제외하고 있다가 제외 규정을 삭제한 것은 의무복무기간 중에 있는 자를 일률적으로 명예퇴직대상자에서 제외하기보다는 각 기관의 사정에 따라 자율적으로 결정하라는 취지로 보아야 한다는 점, 국비유학 후 의무복무기간을 채우지 않고 의원면직하는 경찰관에 대하여 국정감사에서 문제로 지

-
- 1) 공무원인재개발법 제13조(위탁교육훈련) ① 중앙행정기관의 장은 인사혁신처장과 협의 를 거쳐 소속 공무원을 국내의 기관에 위탁하여 일정 기간 교육훈련을 받게 할 수 있다. <개정 2013.3.23., 2014.11.19.>
- ② 인사혁신처장은 연도별 공무원위탁교육훈련계획을 수립하고 교육훈련목적에 적합한 관계 중앙행정기관의 소속 공무원을 선발하여 국내외 기관에 위탁하여 일정 기간 교육 훈련을 받게 할 수 있다. <개정 2013.3.23., 2014.11.19.>
- ③ 인사혁신처장 또는 관계 중앙행정기관의 장은 교육훈련 중인 공무원이 교육훈련 목 적을 성실하게 수행할 수 있도록 교육훈련 상황을 지도·감독하여야 하며, 이에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2013.3.23., 2014.11.19.>
- ④ 제1항과 제2항에 따라 교육훈련을 받은 공무원에게는 6년의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 일정 기간 복무의무를 부과할 수 있다.
- ⑤ 인사혁신처장 또는 관계 중앙행정기관의 장은 교육훈련을 받았거나 받고 있는 공무 원이 제3항에 따른 지도·감독을 위한 지시사항을 이행하지 아니하거나 제4항에 따른 복무의무를 이행하지 아니한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 본인이나 연대 보증인에게 교육훈련에 든 경비의 전부 또는 일부의 반납을 명할 수 있으며, 이를 이행 하지 아니한 경우에는 국세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다. <개정 2013.3.23., 2014.11.19.> [전문개정 2010.3.12.]

적했다는 점 등을 이유로 제시하면서 원고의 청구를 기각하였다.

대상판결은 특히 의무복무 중에 있는 자는 명예퇴직 대상이 될 수 없다는 종래의 지급규정상 제한이 삭제된 이후 의무복무기간을 채우지 못한 상태의 경찰공무원이 명예퇴직을 신청한 것에 대하여 법원이 유권적 해석을 내린 최초의 사례라는 점에서 의미를 찾을 수 있다. 그런데 법원의 판단을 살펴보면 일견 일리가 있는 지적을 했다고 선해할 수 있는 지점이 있지만 동시에 아쉬운 부분이 있는 것도 사실이다.

우선 국가공무원의 명예퇴직수당지급에 관하여는 「국가공무원법」 제74조의2(명예퇴직 등)에서 규정하고 있는바, 동조 제1항에서는 명예퇴직수당의 지급 요건으로 1. 20년 이상 공무원으로 근속한 자가, 2. 정년 전에 스스로 퇴직할 것의 2가지만을 규정하고 있고, 동조 제3항에서는 기지급된 명예퇴직수당의 환수요건을 규정하고 있다. 따라서 명예퇴직수당의 지급에 관하여 구체적인 내용을 정한 하위규범에서는 이 두 가지 요건을 강화하는 방향으로 입법되는 경우 법률우위의 원칙에 위반하게 되고 이 두 가지 요건 이외에 별도의 요건을 새롭게 설정하는 경우에는 법률유보의 원칙에 위반하게 된다. 명예퇴직수당 지급과 관련된 행정처분도 마찬가지로 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙에 어긋나서는 안 된다.

20년 이상 공무원으로 근속한 자가 정년 전에 스스로 퇴직하는 경우, 위 규정으로부터 국가가 명예퇴직수당을 지급할 의무가 있는가? 이와 관련해서는 위 규정의 내용이 “예산의 범위에서 명예퇴직수당을 지급할 수 있다”라고 행정주체의 ‘권한규정’으로 규정되어 있으므로 얼핏 보기에는 재량행위로 보일 수도 있으나 재량행위로 해석해서는 곤란하다고 본다. 그 이유는 이렇다.

명예퇴직제도는 공무원 개인의 필요에 따라 도입한 규정이 아니고 인사적체를 해소하고 공직사회를 탄력적으로 운영하고자 하는 국가의 필요에 따라 도입된 규정이다.²⁾ 이러한 국가의 목적이나 필요에 협조하는 공무원에 대해

2) 대법원 2016.5.24. 선고 2013두14863 판결: “국가공무원법상 명예퇴직수당은, 정년이 보장된 공무원이 정년이 되기 전에 공무원 신분을 종료하는 경우에 엄격한 요건 아래 공무원으로서의 특별한 책임과 의무를 성실히 수행한 데 대해 생활보장을 도모하고 자발적인 명예퇴직을 유도하여 공무원 조직의 신진대사를 촉진하고 능률을 향상시킴으로써, 궁극적으로는 국민에게 보다 양질의 행정서비스를 제공하기 위한 제도로서, 입법자가 명예퇴직수당 수급권의 구체적인 지급요건·방법·액수 등을 형성함에 대하여 상대적으로 폭넓은 재량이 허용되며 ...”

서는 정년 전에 퇴직할 의무가 없음에도 불구하고 스스로 퇴직해 주었다는 행위에 대한 보상 차원에서 국가가 명예퇴직수당을 지급하도록 한 것이고, 그 지급여부에 대해서도 단순권한규정의 형식이 아니라, ‘예산의 범위’라는 제한이 부과된 권한규정의 형식을 띠고 있어서, 예산이 허용된다면 요건을 갖춘 자에 대해서는 행정주체에게 지급의무가 인정되는 기속행위로 해석해야 명예퇴직 규정 도입의 취지에 부합하게 된다. 위 법률 규정이 재량행위 규정이 아니라 기속행위라고 해석해야 하는 추가적인 이유는, 국가공무원의 명예퇴직수당지급 신청의 절차와 그 결정 및 통지의 구체적인 내용에 대해서 규정하고 있는 명예퇴직수당지급규정이 제3조 제1항에서 명예퇴직수당 지급대상의 범위를 강행규정 형식으로 정하여 한정하고 있는 동시에³⁾ 제2항에서도 명예퇴직수당의 지급대상을 제한할 수 있는 경우를 ‘예산상 부득이한 경우’로만 하고 있기 때문이다.⁴⁾

명예퇴직수당지급규정은 2006. 1. 27. 대통령령 제19307호로 개정되기 이전까지는 분명히 ‘교육훈련 후 의무복무 중에 있는 자’를 명예퇴직수당지급 대상에서 제외하고 있었다.

3) 명예퇴직수당지급규정 제3조(명예퇴직수당의 지급대상) ① 명예퇴직수당을 지급받을 수 있는 사람은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공무원(법 제26조의5에 따른 임기제공무원은 제외한다)으로서 「공무원연금법」 제23조제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 재직기간이 20년 이상이고, 정년퇴직일부터 최소한 1년 전에 스스로 퇴직하는 사람으로 한다. 다만, 이 영이나 다른 법령에 따라 명예퇴직수당(이를 갈음하는 공로퇴직수당·명예전역수당 등을 포함한다. 이하 같다)을 이미 지급받은 사실이 있는 사람은 제외한다.

1. 일반직공무원
2. 검사(「검찰청법」 제28조에 따른 대검찰청 검사급 이상 검사는 제외한다)
3. 14등급 직위를 제외한 직위에 재직 중인 외무공무원
4. 치안정감 이하의 경찰공무원
5. 소방정감 이하의 소방공무원
6. 교육공무원(교장 외에 임용기간을 정하여 임용되는 사람은 제외한다)
7. 군무원 및 국가정보원 직원

4) 명예퇴직수당지급규정 제3조(명예퇴직수당의 지급대상) ② 인사혁신처장은 예산상 부득이한 경우에는 제1항의 지급대상 범위를 제한할 수 있다.

명예퇴직수당지급규정(2006.1.27. 대통령령 제19307호로 개정되기 전의 것) 제3조 (명예퇴직수당의 지급대상) ③ 명예퇴직수당지급신청기간 개시일 현재 다음 각호의 1에 해당되는 자는 명예퇴직수당지급대상에서 이를 제외한다. <신설 1996.8.28., 1998.2.28., 2002.7.13., 2004.6.29.>

1. 징계의결 요구중인 자 또는 징계처분으로 인하여 승진임용 제한 기간 중에 있는 자
2. 형사사건으로 기소중인 자
3. 감사원 등 감사기관과 검찰·경찰 등 수사기관에서 비위조사나 수사중인 자
4. 정부기능이 공사화 또는 민영화되는 경우 공사화 또는 민영화되는 기관의 소속직원으로 되기 위하여 퇴직하기로 예정된 자
5. 법 제2조 및 지방공무원법 제2조의 규정에 의한 경력직공무원 및 특수경력직공무원중 정무직공무원(선거에 의하여 임용되는 정무직공무원을 제외한다)이 되기 위하여 퇴직하기로 예정된 자
6. 공무원교육훈련법 등에 의하여 교육훈련 이수 후 의무복무 중에 있는 자

그러나 교육훈련 후 의무복무 중에 있는 자를 명예퇴직수당지급대상에서 제외하고 있던 동 규정은 2006. 1. 27. 대통령령 제19307호로 개정되면서 삭제되었고 그 이후 지금까지 이어지고 있다.

명예퇴직수당 지급규정(대통령령 제19307호, 2006.1.27., 일부개정) 제3조 (명예퇴직수당의 지급대상) ③ 명예퇴직수당 지급 신청기간이 시작되는 날 현재 다음 각호의 1에 해당되는 자는 명예퇴직수당지급대상에서 이를 제외한다. <신설 1996.8.28., 1998.2.28., 2002.7.13., 2004.6.29., 2006.1.27.>

1. 징계의결 요구중인 자 또는 징계처분으로 인하여 승진임용 제한 기간중에 있는 자
2. 형사사건으로 기소중인 자
3. 감사원 등 감사기관과 검찰·경찰 등 수사기관에서 비위조사나 수사중인 자
4. 정부기능이 공사화 또는 민영화되는 경우 공사화 또는 민영화되는 기관의 소속 직원으로 되기 위하여 퇴직하기로 예정된 자
5. 법 제2조 및 지방공무원법 제2조의 규정에 의한 경력직공무원 및 특수경력직공무원중 정무직공무원(선거에 의하여 임용되는 정무직공무원을 제외한다)이 되기 위하여 퇴직하기로 예정된 자
6. 삭제 <2006.1.27.>

그리고 2006. 1. 27. 명예퇴직수당지급규정 개정이유에서는 교육훈련 후 의무복무기간에 있는 공무원을 명예퇴직수당 지급제외 대상에서 삭제함으로써 명예퇴직수당 지급대상에 포함시키는 개정을 하는 이유를 다음과 같이 밝히고 있다.

개정이유 및 주요내용

소방공무원법의 개정(법률 제7255호, 2004.12.30. 공포·시행)에 따라 소방공무원의 명예퇴직대상을 합리적으로 조정하고, 명예퇴직제도의 도입취지 및 공직개방화 추세에 부응하기 위하여 교육훈련 후 의무복무기간에 있는 공무원을 명예퇴직수당의 지급대상에 포함시키며, 각 부처의 인사자율성을 확대하기 위하여 명예퇴직수당 지급결정 통보횟수를 줄이는 한편, 그밖에 제도운영상 나타난 일부 미비점을 보완·정비하려는 것임.

이와 같이 당시 교육훈련 후 의무복무기간 중에 있던 자를 명예퇴직수당 지급제외대상에서 지급대상으로 변경한 것은 의무복무를 명예퇴직에 결부시키는 것은 명예퇴직제도의 입법취지에 맞지 않다는 반성적 고려로 인한 입법 개정이었던 것이다.

한편, 국가공무원법상 명예퇴직수당에 대한 구체적인 내용을 규정하고 있는 명예퇴직수당 지급규정에서는 명예퇴직수당 지급대상 공무원의 구체적인 범위와 제외 대상을 열거하고 있는(제3조) 외에, 명예퇴직수당의 지급액(제4조), 명예퇴직수당의 지급신청 기간 및 명예퇴직예정일에 관한 사항(제5조), 명예퇴직수당의 지급신청절차(제6조), 명예퇴직수당의 지급결정절차(제7조), 명예퇴직수당 지급대상자의 통지절차(제8조)를 규정하고 있다. 위 각 규정의 내용을 살펴보면, 명예퇴직수당지급규정에서는 국가공무원법상 요건을 강화하거나 국가공무원법에 규정된 요건 외의 사항을 규정한 바가 없고, 법률에서 위임된 범위에서 지급대상의 범위를 구체화하고 있을 뿐이어서 법률우위의 원칙 및 법률유보의 원칙 위반의 문제는 없다. 그렇다면 행정주체는 적법한 명예퇴직수당 지급규정의 내용에 근거하여 행정처분을 내려야 하므로 당사자가 요건을 갖춘 한, 명예퇴직수당지급신청에 대해서 거부해서는 안 된다고 본다.

요컨대, 국가공무원법상 명예퇴직수당에 관한 규정은 법률상 기속행위로 해석되므로 ‘20년 이상 공무원 재직’이라는 요건과 ‘스스로 사직’이라는 요건만 갖춘 것을 전제로 지급제외대상에 속하지 않는다면 명예퇴직수당을 지급해주어야 한다. 즉 명예퇴직수당 지급대상인지 아닌지에 대한 판단은 기속행위다. 설사 위 법률 규정의 내용을 재량행위로 본다하더라도 해당 공무원이 위 규정의 2가지 요건을 모두 갖춘 경우에는, 예산이 허용되는 한, 명예퇴직수당 지급여부에 대한 행정주체의 재량은 0으로 수축된다고 보는 것이 타당할 것이다.

또한 「국가공무원법」상 명예퇴직수당 규정과 ‘명예퇴직수당지급규정’의 해당 내용을 보건대, 지급대상 범위를 제한할 수 있는 경우는 오로지 ‘예산상 부득이한 경우’에 한정하고 있다는 점도 주목할 필요가 있다. 예산상 부득이한 경우라 함은 고도의 정책적 판단이 필요한 영역인 만큼, 만약 소관 행정기관의 장이 명예퇴직수당지급규정 제3조 제2항의 규정에 근거하여 예산상 부득이한 사정을 들어 명예퇴직수당 지급대상 범위를 제한한다 하더라도, 행정주체의 판단을 존중해줄 필요성이 크다는 의미에서 판단여지를 인정할 수는 있지만, 그러나 이 경우에도 만약 ‘예산상 부득이한 사정’을 판단함에 있어, 절차규정을 위반하거나, 성문법이나 행정법상 일반원칙을 위반하거나, 일반적으로 인정되는 가치기준을 위반하거나, 사실인정을 잘못하거나 하는 경우 재량권의 일탈이나 남용이 될 수 있고 법원으로부터 위법하다는 판단을 받게 될 수 있다.

그렇다면 법원의 판단에서처럼, 국외에서 훈련받고 귀국한 경찰공무원이 공무원인재개발법에서 정한 의무복무기간을 채우지 못한 경우 그 사유만으로 명예퇴직수당 지급대상에서 제외되는 것이 타당한가? 사안에서 원고의 경우 의무복무기간을 채우지 않았다는 것 이외에는 다른 결격요건이 전혀 없었다.

이미 살펴본 바와 같이, 국가공무원법과 명예퇴직수당지급규정에서는 국외훈련에 대한 의무복무를 그 요건으로 설정해둔 바가 전혀 없다. 또한 의무복무를 규정한 공무원인재개발법에서도 의무복무에 위반한 경우 경비 반환을 인정할 뿐이지 기타 어떠한 불이익도 규정한 바 없다. 그렇다면 만약 의무복무 기간을 채우지 못했다는 이유로 명예퇴직수당 거부처분을 하는 경우 행정주체는 법률유보의 원칙과 법률우위의 원칙을 위반한 것이 되어 위법한

행정처분을 내린 것이 된다고 볼 수 있다.

그리고 행정주체는 행정작용을 함에 있어서 그 행정작용과 실질적 관련성이 없는 국민의 반대급부와 결부시켜서는 안 된다. 행정주체는 소위 ‘부당결부금지원칙’이라는 행정법의 일반원칙의 지배를 받는다. 즉 국외훈련 후 의무복무라는 것은 명예퇴직수당 지급과 전혀 관련이 없는 것임에도 불구하고 아무런 법적 근거없이 양자를 결부시켜 국민의 권리를 제한하고 있다는 점에서도 위법한 처분이라고 보아야 한다.

국가공무원법에 따라 20년 이상 공무원으로 재직하고 정년 전에 퇴직하면 해당 국민은 법에 의해 명예퇴직수당지급청구권을 법해석상 당연히 취득하게 되고 행정주체는 ‘예산계약’이라는 제한사유가 합리적으로 검증된 경우 이외에는 명예퇴직수당을 지급해주어야 한다.

국외훈련 후 의무복무기간을 채우지 못한 공무원에 대한 불이익은 국외훈련기간 동안 국가가 지급한 경비 내지 훈련비를 환수하는 것으로 충분하다. 의무복무를 다 하지 않은 것에 대한 제재는 교육훈련비 반환으로도 충분함에도 불구하고 마치 대단히 불명예스럽고 파렴치한 것으로 몰아 명예퇴직수당 지급을 할 수 없다고 하는 피고의 태도는 명예퇴직제도의 취지와 맞지 않는다. 명예퇴직에 ‘명예’라는 단어가 붙어있다고 하여 대단히 특별하고 고상한 그 무언과 같은 것으로 취급하는 것은 타당하지 않다. 명예퇴직은 통상의 퇴직이나 의원면직보다 더 좋은 조건으로 이루어진다는 점에서 퇴직자에게 명예롭다는 정도이거나 강제로 해임 내지 해고되는 것이 아니라 스스로 자발적으로 퇴직을 한다는 측면에서 퇴직자에게 명예롭다는 정도의 의미에 불과한 것으로 보는 것이 타당하다.⁵⁾

현행 규정상 명예퇴직수당 지급제외대상 자체가 매우 엄격하게 규정되어 있는 상태에서 법률상 제한사유인 예산상 문제도 없고 또한 명예퇴직수당지급규정상 제한 대상에 속하지 않음에도 불구하고, 단순히 의무복무기간을 채우지 못했다는 이유로 명예퇴직수당 지급대상에서 제외하는 처분은 대단히 자의적인 조치이다. 더구나 법령상 다른 모든 요건을 갖추었는데 단지 의무복무기간을 못 채웠다고 하여 더구나 그 퇴직자가 의무복무 미준수에 대

5) 남효순(2002), 「명예퇴직의 실제와 법리」, 『노동법강의』(이홍재·남효순 편저), 법문사, p.207.

한 제계의 일환으로 교육훈련비 내지 경비를 반환했음에도 불구하고, 명예 퇴직신청을 거부하고 단순히 의원면직처리를 한 것은, 당사자에게 어떤 의견진술의 기회도 부여하지 않았고 명예퇴직신청 철회의 기회도 부여하지 않은 것이기에 절차적 정의에도 맞지 않는다. 이러한 조치는 20년 이상 조직을 위해 충성을 바친 조직원에 대한 최소한의 배려마저 망각한 것이다. 그렇지만 사안에서의 원고는 조직의 명예를 위해 더 이상 다투지 않아서 대상판결은 그대로 확정되었다.

그밖에 피고 측에서는 당초 원고의 특별승진에 대해서도 가부를 판단한 바 있다. 대상판결의 사안을 통해서 보면, 공직 현장에서는 특별승진과 명예 퇴직을 연계해서 처리하는 것으로 보이긴 하지만, 규범적 측면에서 보면, 명예퇴직 시에 특별승진이 가능한지 여부는 명예퇴직 이외에도 재직 중 ‘공적’이 ‘특히’ 뚜렷한가에 대한 별도의 추가적인 평가가 필요한 부분이어서⁶⁾ 명예퇴직과 특별승진을 반드시 연계해야 하는 당위성은 없는 것이고 또한 명예 퇴직이라는 이유만으로 특별승진이 가능하다고 보기도 어렵다고 판단된다.

» 노호창(호서대학교 법경찰행정학부 교수)

6) 국가공무원법 제40조의4(우수 공무원 등의 특별승진) ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 제40조 및 제40조의2에도 불구하고 특별승진임용하거나 일반 승진시험에 우선 응시하게 할 수 있다.

1. 청렴하고 투철한 봉사 정신으로 직무에 모든 힘을 다하여 공무 집행의 공정성을 유지하고 깨끗한 공직 사회를 구현하는 데에 다른 공무원의 귀감(龜鑑)이 되는 자
2. 직무수행 능력이 탁월하여 행정 발전에 큰 공헌을 한 자
3. 제53조에 따른 제안의 채택·시행으로 국가 예산을 절감하는 등 행정 운영 발전에 뚜렷한 실적이 있는 자
4. 재직 중 공적이 특히 뚜렷한 자가 제74조의2에 따라 명예퇴직할 때
5. 재직 중 공적이 특히 뚜렷한 자가 공무로 사망한 때

② 특별승진의 요건, 그 밖에 필요한 사항은 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소 규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

직장 내 성희롱에 대한 사업주 책임과 손해배상

- 서울중앙지방법원 2016. 12. 16. 선고 2015가단5124388(본소) ·
2015가단5353094(반소) 판결 -

【판결요지】

직장 내 성희롱 피해자에게 사적인 비위행위가 있었다 하더라도, 성희롱 피해자임과 동시에 다른 고유의 징계사유로 징계대상자의 지위를 가지고 있는 사람에 대한 징계절차를 진행함에 있어서는 성희롱 피해자의 지위에서 요구되는 불이익 처분 금지 원칙과 관련하여 신중하고 사려 깊은 징계 절차 운영이 필요하고, 나아가 성희롱 사안과는 무관한 징계사유로 그 피해자를 대상으로 진행되는 징계처분도 그 양정의 요소들에 따른 종합적 평가의 결과로서 비례의 원칙을 포함한 노동법의 일반 원칙에 따른 합리성이 담보되어야 한다.

‘직장 내 성희롱’이란 “사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용에서 불이익을 주는 것”을 말한다[「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하, ‘남녀고용평등법’) 제2조 제2호]. 남녀고용평등법은 사업주, 상급자 또는 근로자의 직장 내 성희롱 금지에 관한 원칙(제12조)을 규정하면서, 사업주의 직장 내 성희롱에 대한 처벌(1천만원 이하의 과태료: 제39조 제1항)을 규정하고 있다. 그러나 상급자 또는 다른 근로자가 직장 내 성희롱을 하는 경우에 관해서는 별도로 규정하지 않고 있으므로, 이 경우 남녀고용평등법상 직장 내 성희롱 여부를 판단하고 민형사상 책임 내지 기타 구제를 신청할 수 있다.

일반적으로 ‘직장 내 성희롱’의 경우, 가해자의 행위 태양에 따라서 「형법」상 강제추행 죄 등에 해당하며,¹⁾ 가해자는 「민법」 제750조에 따른 손해

1) 형사소송의 경우, 「형법」 제298조에 따라 강제추행한 자에 대하여 10년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처하거나, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조

배상책임을 부담한다. 그럼에도 불구하고 남녀고용평등법에서 ‘직장 내 성희롱’을 별도로 규율하는 이유는, 일반적인 범죄 행위와 달리 지속적 관계인 근로계약에서 ‘직장 내 성희롱’이 발생한 이후 적절한 조치가 이루어지지 않는다면, 피해자에게는 제2차적·제3차적 피해가 발생할 수 있기 때문이다. 이러한 이유로 남녀고용평등법에서는 사업주의 신속한 조치(제14조 제1항2) 및 피해자에 대한 해고 등 금지(제14조 제2항)를 규정함과 더불어, 그 위반 시 행정적 제재(500만 원 이하의 과태료: 제39조 제2항)을 규정하고 있다.

이처럼 남녀고용평등법상 ‘직장 내 성희롱’ 관련 규정들은 결국 사업주의 책임을 규정함으로써, ‘직장 내 성희롱’의 예방과 함께 사후 조치 과정에서 추가적 피해를 방지하기 위한 것이다. 그러므로 이러한 의무를 위반하는 경우 민사상 「민법」 제756조의 사용자 책임과 별도의 남녀고용평등법상 위반 책임을 부담하게 되는데, 대상 판결은 남녀고용평등법 위반의 사업주 책임 중 제14조 제2항의 ‘사업주의 불리한 조치’ 여부가 문제된 사안이다.

사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 피고 회사는 한국전력공사의 발전소 등을 관리하는 공기업이다. 원고는 피고 회사의 교육총괄팀 사원이며, 피고B는 피고 회사의 제2발전소 계측제어팀 차장이다. 피고 회사는 원고와 피고B에 대하여 이테리 제노아 소재 K에서의 해외위탁교육을 명령하였다. 앞서

제1항에 따라 업무상 위력 등에 의한 추행을 한 경우에 대하여는 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다. 또한 「경범죄 처벌법」 제3조 제1항 제41호에 따라 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 사람에 대하여는 지속적 괴롭힘이 인정되어 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형에 처한다.

- 2) 남녀고용평등법 제14조(직장 내 성희롱 발생 시 조치) 제1항에서는 “사업주는 직장 내 성희롱 발생이 확인된 경우 지체 없이 행위자에 대하여 징계나 그 밖에 이에 준하는 조치를 하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이와 유사한 방식으로, 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목은 성희롱에 대하여 “업무, 고용, 그 밖의 관계에서 공공기관(국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2 제1항에 따른 공직유관단체를 말한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 것”이라고 정의하면서, 구제조치, 고발, 징계 등을 권고한다.

피고 회사의 해외위탁교육을 이수한 자들은 위탁교육 도중 자유여행을 다니는 등 행위가 있었으나 이는 피고 회사와 직원들 간에 묵인되어 왔다. 원고와 피고B 역시 위탁교육기간을 다 채우지 않고 자유여행을 떠나기 전날 쯤 파티를 하는 과정에서 피고B가 원고에 대하여 강제 성추행하는 사건이 발생하였다. 피고B로부터 성추행 사건을 알게 된 원고의 상급자인 피고C는 자신의 감독하에 원고가 허위로 해외위탁교육품의결재를 진행한 것에 대한 책임을 묻게 될 것이 두려워, 원고에게 해외연수 비리행위에 대한 책임을 전적으로 묻게 하고 성적 수치심을 유발하는 언행 등을 하였다.³⁾ 이후 피고 회사는 원고와 피고B 및 C를 분리근무시키지 않은 상태에서 사건조사 및 징계위원회를 열어 피고B에 대하여는 해임처분, 피고C에 대해서는 감봉 처분, 원고에 대해서는 해임 처분을 하였는데, 이후 다시 열린 징계위원회에서는 원고에 대한 처분을 6개월 정직으로 확정하였다.⁴⁾

이에 대하여 원고는 ① 피고B의 직장 내 성희롱(남녀고용평등법 제2조 제2호)에 따른 불법행위(민법 제750조), ② 피고C의 비리행위 회피에 따른 불법행위 및 직장 내 성희롱에 따른 불법행위, ③ 피고 회사의 피고B와 C에 대한 사용자책임 및 직장 내 성희롱 발생 시 조치(남녀고용평등법 제14조 제2항) 위반에 대하여 손해배상을 요구하였다.

법원은 사실관계를 바탕으로, 피고B의 강제추행 및 피고C의 언어폭력을 인정하는 한편, 이들의 위법행위에 대한 피고 회사의 사용자 책임을 인정하였다. 더 나아가 ㉠ 징계절차 과정에서 성희롱 가해자와 피해자의 업무환경을 미분리하여 피해자가 적극적으로 소명할 수 있는 권리가 침해되었다는 점, ㉡ 징계절차 등에서 강제추행에 대한 조사를 요식적으로 하는 데 그쳤다는 점, ㉢ 원고에 대한 징계처분이 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다는 점 등을 고려하여 남녀고용평등법 제14조 제2항에서의 ‘사업주의 불이익한 처분’을 인정하고, 이에 대한 손해배상을 인정하였다.⁵⁾

3) 피고C는 성추행 사실을 피고B로부터 전해 듣고 원고와의 전화통화에서 욕설과 피해자에 대한 책임을 전가하는 언어적 성희롱을 하였고, 원고가 출장에서 복귀한 날 원고의 컴퓨터 접근 차단, 사무실 내에서의 공개적 모욕, 원고에게 반성문을 쓰게 하고 피고C가 원고의 반성문에 해외출장 비리행위의 책임을 자인하는 식으로 침묵하는 등 2차 피해가 발생하였다.

4) 제1차 징계위원회에서 판단한 원고·피고B·피고C에 대한 구체적인 귀책사유는 다음과 같다.

이 사건은 ‘직장 내 성희롱’ 발생 시 사업주에 대하여 소속 근로자에 대한 사용자 책임과 함께 남녀고용평등법상 후속 조치에 대한 사업주 책임(제14조 제2항)에 따른 손해배상(위자료)을 인정하였다는 점에 의의가 있다. 법원은 남녀고용평등법 제14조 제2항의 의의에 대하여 “직장 내 성희롱 사건이 발생한 경우 성희롱 피해를 주장하거나 주장 여부와는 무관하게 단순히 성희롱 피해자라는 이유만으로 해고하거나 불이익한 조치를 하여 직장 내 성희롱 문제를 덮어버리는 것을 방지하고 성희롱 피해자의 권리를 보장하기 위하여 둔 규정”이라고 해석하였다. 그러므로 이 조항을 근거로 성희롱과 무관하게 별도의 징계사유를 가지고 있는 피해자에 대한 징계절차를 금지할 수는 없지만, “성희롱과 무관하게 별도의 징계사유를 가지고 있는 피해자에 대해서는 징계절차를 진행함에 있어서는 성희롱 피해자의 지위에서 요구되는 불이익 처분 금지 원칙과 관련하여 신중하고 사려 깊은 징계 절차 운영이 필요하고, 나아가 성희롱 사안과는 무관한 징계사유로 그 피해자를 대상으로 진행되는 징계처분도 그 양정의 요소들에 따른 종합적 평가의 결과로서 비례의 원칙을 포함한 노동법의 일반 원칙에 따른 합리성이 담보되어야 한다.”고 하면서, 이를 위반한 경우 남녀고용평등법 제14조 제2항에서 규정

대상자	귀책사유	조치
원 고	문서 허위작성/직무를 이용한 부당행위/근무지이탈(복무규율문란)	해임
피고B	1. 성실의무 위반 2. 근무지이탈(복무규율 문란) 3. 성추행	해임
피고C	1. 부하직원 관리감독 소홀 2. 성희롱(복무규율 문란)	감봉

- 5) 법원은 각 쟁점별 위자료에 대하여 다음과 같이 판단하였다(법정이자 가산분 제외). ① 피고B는 직장 내 성희롱에 따른 「민법」 제750조의 불법행위가 인정되며, 피고 회사는 「민법」 제756조 사용자 책임이 인정된다. 이에 따라 피고B와 피고 회사는 공동하여 원고에게 30,000,000원의 위자료를 배상하여야 한다. ② 피고C는 비리행위 회피 및 직장 내 성희롱에 따른 「민법」 제750조의 불법행위가 인정되며, 피고 회사는 이에 대한 「민법」 제756조의 사용자 책임이 인정된다. 이에 따라 피고C와 피고 회사는 공동하여 원고에게 17,000,000원의 위자료를 배상하여야 한다. ③ 피고 회사의 직장 내 성희롱 징계절차 및 징계결정은 남녀고용평등법 제14조 제2항의 불리한 조치에 해당되므로, 원고에 대하여 6개월 정직 처분에 따라 감봉한 보수 36,203,094원과 피고 회사의 원고에 대한 불이익조치에 대한 위자료 30,000,000원을 합한 총 66,203,094원을 배상하여야 한다.

한 ‘불리한 조치’에 해당한다고 보고 있다.

해당 판결은 사업주가 고의로 ‘직장 내 성희롱’ 피해자에 대한 해고 또는 불리한 조치를 하여 벌칙 규정(3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금 : 제37조 제2항)이 적용됨과 별도로, 이러한 의무 위반 시에는 피해자에 대한 손해배상 책임을 부담한다는 점을 확인하였다는 점에 의의가 있다. 다만 구체적 위자료 판단에서 별도의 원인이 되는 피해자의 정신적 고통에 해당하는 위자료와 피고 회사의 불이익 처분에 해당하는 위자료를 통합하여 산정하는 등 향후 그 책임 정도와 손해배상의 적정성에 관해서는 추후 판결들에서 보완되어야 할 것으로 생각된다.⁶⁾

» 김근주(한국노동연구원 부연구위원)

6) 피해자는 4년여 기간 동안 해임 및 6개월 정직 처분을 받으며 고용관계 및 경력이 단절 되거나 불안정하게 되는 불이익을 입고, 직장 내에서도 자신의 비위행위에 대한 비판이나, 평판 저하를 넘어서는 과도한 비판을 받는 등 스트레스와 압박 속에서 상당한 정신적 고통을 받게 되어 2016년 9월 업무상 재해로 우울병에 대한 요양승인판정을 받아 휴식에 이르게 되었다.

직장 내 괴롭힘에 대한 손해배상책임

- 서울중앙지방법원 2017. 1. 13. 선고 2016가합538467 판결(대상판결1),
서울중앙지방법원 2017. 3. 10. 선고 2014가단5356072 판결(대상판결2) -

【판결요지】

<대상판결1> 노조 지부장인 원고의 근무시간 중 중간관리자들이 예고 없는 집단 방문을 반복하여 노사갈등에 대한 대화를 강요하거나 항의성 발언을 듣고 있기를 강요한 것은 사회적 상당성에 반하고 수인한도를 초과한 것으로 불법행위를 구성하고, 사용자는 이러한 집단방문에 의해 대화 강요를 실행한 자 또는 이러한 불법행위를 사전에 조직하거나 알면서도 방치한 자의 사용자로서 책임을 진다.

<대상판결2> 아파트 경비원인 망인이 입주민으로부터 심한 정신적 스트레스를 받아 자살한 것은 피고 회사가 피용자인 망인에 대한 보호의무를 위반한 과실로 인한 것이므로, 피고 회사는 망인 및 원고들에게 이로 인한 손해배상 책임을 진다.

I. 들어가며

직장 내 괴롭힘으로 인한 자살 사건이 잇따르면서 이를 법적으로 규율해야 한다는 목소리가 높아지고 있다. 지난 총선과 대선에서 직장 내 괴롭힘 방지가 주요 정당의 공약에 포함되었고, 19대 국회에 이어 20대 국회에서도 관련 입법안이 제출되고 있다. 직장 내 괴롭힘 관련 연구와 제19대 국회에 제출된 입법안을 종합하면, 현재의 논의에서 직장 내 괴롭힘이란 ‘사용자 및 근로자가 직장 내외에서 직무상 지위 또는 수적인 우월성을 이용하여 다른 근로자에게 지속적·반복적으로 신체적·정신적 고통을 가하거나, 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 제3자가 업무 수행과정에서 근로자에게 신체적·정신적 고통을 가하여 근로자의 신체적·정신적 건강을 훼손하고 인격을 침해하는 행위’로 정의할 수 있다.¹⁾

그러나 이와 같은 직장 내 괴롭힘에 대한 포괄적인 정의로 인해 그 성립 여부가 피해자나 가해자의 주관적인 판단에 큰 영향을 받을 수밖에 없고 행위 유형이 복잡·다양하여 일률적인 규율이 어렵다는 점, 이미 형사상 처벌·민사상 손해배상 등 직장 내 괴롭힘을 억제하는 규정이 현행법체계에 일부 갖춰져 있는 점 등을 들어 입법에 신중해야 한다는 의견도 제시되고 있다.²⁾

이하에서 다룰 두 개의 대상판결은 직장 내 괴롭힘에 대한 가해자와 사용자의 손해배상책임을 인정하였다는 점에서 의의가 있지만, 위자료 산정방식과 인정액수에 있어서는 다소 아쉬움을 남긴다.

II. 대상판결 1 - 인천성모병원 사건

1. 사실관계

먼저 대상판결 1은 중간관리자들의 방문과 대화 요구가 집단적·반복적으로 이루어지는 경우 위법한 괴롭힘 행위가 될 수 있다는 것을 보여준 사례로, 사실관계는 다음과 같다. 원고는 1986년 인천성모병원에 간호사로 입사하여, 2011년부터는 전국보건의료산업노동조합 인천성모병원 지부장으로 활동하면서 부분 전임방식으로 검사통합예약실에서 근무하였다. 이 사건 집단 괴롭힘 행위는 2013년 11월에 처음 시작된다. 지부가 요구한 단체교섭이 결렬되면서 노동쟁의가 발생한 직후, 전략기획처장(피고 A)을 포함한 병원의 중간관리자들 중 여러 명이 원고의 근무개시 또는 점심시간, 퇴근시간 무렵에 찾아와 원고에게 대화를 요구하기 시작한 것이다. 이에 원고는 노동조합

-
- 1) 문준혁(2016), 『직장 내 괴롭힘에 대한 노동법적 검토』, 서울대학교 석사학위논문, p.25 참조
 - 2) 제19대 국회에서 한정에 의원이 대표발의한 ‘근로기준법 일부개정법률안’(의안번호 제 7079호)에 대한 환경노동위원회 전문위원 검토보고서(2013.12.) 및 이자스민 의원이 대표발의한 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 일부개정법률안’(의안번호 제15489호)에 대한 환경노동위원회 검토보고서(2015.11.) 참조

과 관련된 일은 개인적인 자리에서 말하지 않겠다는 취지로 대화를 거부하였으나, 이러한 일이 반복되자 방문자에게 고지하고 녹취를 남기기 시작했다. 또한 원고는 인사노무팀장인 피고 B에게 이러한 행위를 막아달라고 부탁하였으나, 피고 B는 별다른 조치를 취하지 않았다.

이후 2015년 3월에는 병원의 환자유치 압박이 내부제보를 통해 기사화되는 일이 발생한 직후 피고 A와 중간관리자들에 의해 또다시 집단 방문과 대화 요구가 이어지게 되었고, 원고가 남긴 녹취록에 따르면 직원들의 방문과 대화 강요는 2013년과 2015년에 걸쳐 총 10여 회 이상 이루어졌고, 하루에 3회 발생하기도 하였다. 결국 원고는 불안 증세와 불면증을 호소하며 정신과 진료를 받기 시작했으며, 출근 도중 실신하여 병원에 입원하기도 하였다. 이에 원고는 인천성모병원을 운영하는 학교법인 카톨릭학원(이하 ‘피고 법인’), 인천성모병원장(피고 C), 인사노무팀장(피고 B), 전략기획실장(피고 A)을 상대로 집단 괴롭힘과 그 이후의 명예훼손·모욕에 대해 손해배상청구의 소를 제기하면서, 집단 괴롭힘 행위에 대해 기왕치료비 약 130만원과 3,500만원의 위자료료, 그 이후 자보·선전물 등을 통해 이루어진 명예훼손·모욕에 대해 1,500만원의 위자료, 그리고 명예회복을 위한 공고문 게시를 청구하였다.

2. 쟁점과 법원의 판단

이 사건의 쟁점은 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있는데, 먼저 이와 같은 피고 A 등의 행위가 사회적 상당성에 반하고 상대방의 수인한도를 초과하여 공동불법행위를 구성하는지의 여부가 문제가 된다. 나아가 이러한 행위를 조직하였거나 알면서도 방치한 피고 B의 공동불법행위 책임이 인정되는지 여부, 피고 법인과 병원장(피고 C)가 민법 756조에 따라 사용자책임을 부담하는지의 여부가 문제가 되었다.

이 글에서는 첫 번째 쟁점인 ‘피고 A 등의 집단 방문 및 대화 요구 행위와 공동불법행위를 구성하는지’를 중점적으로 살펴 직장 내 괴롭힘의 유형을 파악하고자 한다. 이 사건에서 법원은 ‘직장 내에서 근로관계에 관하여 다른 견해를 가진 동료들 만나 자기의 견해를 받아들일 것을 설득하거나 상대방의 견해가 옳지 않다고 비판하는 대화를 원하는 사람이 있는 경우라도, 상대

방이 그러한 비공식적 대화 또는 사적인 대화를 원하지 않고 사용자와 노동조합 사이의 공식적인 절차나 방식에 따라 대화가 이루어질 것을 원한다면 그러한 대화를 강요하여서는 아니되고, 더구나 그러한 대화 시도가 상대방의 근무시간 중에 예고 없는 집단 방문에 의해 반복적으로 이루어지고, 상대방이 그러한 대화를 거부하였음에도 계속하여 대화하기를 강요하는 방식이라면 그러한 대화 내지 설득작업에 사회적 상당성이 있다고 인정하기 어렵다고 판시한 후, ‘이 사건 집단 방문행위가 조직적으로 이루어진 것으로 추론할 수 있고, 노사갈등에 대해 비공식적 대화를 강요하거나 일방적인 항의성 발언을 듣고 있기를 강요한 것으로 사회적으로 상당하다고 할 수 없으며, 그 발언 태도 등이 강경하지 않다고 하더라도 그와 같은 집단 방문이 원고가 예상하지 못한 시간에 반복하여 상당한 기간 동안 이루어진 것 자체로 지부장인 원고가 수인하여야 할 한도를 초과한 정신적 고통을 느꼈을 것’이라고 보아 공동불법행위의 성립을 인정하였다. 또한 설령 이러한 집단 방문행위가 사전에 계획된 것이 아니라도, 공동불법행위의 성립은 행위자 상호 간의 공모는 물론 의사의 공통이나 공동의 인식을 필요로 하지 않는다는 대법원 판시³⁾에 따라 공동불법행위가 된다는 점에는 변함이 없다고 보았다.

두 번째와 세 번째 쟁점에 있어서, 대상판결 1은 원고가 정신적 고통을 받고 있다는 사실을 알면서도 피고 B가 이를 방치한 것은 피고 A 등의 공동불법행위를 방조한 것으로서 피고 B 또한 공동불법행위자가 된다고 보았다. 나아가 피고 법인과 피고 C는 피고 A와 B의 사용자 또는 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자로서 사용자책임을 부담하므로, 피고들이 공동하여 원고가 입은 손해를 배상하여야 한다고 보았다.

3. 판결의 의의와 한계

이 판결은 개별적으로는 위법하지 않은(불법행위를 구성하지 않는) 행위가 다수에 의해 반복하여 상당한 기간 이루어지는 경우에는 피해자에게는 정신적 고통을 주는 공동불법행위가 될 수 있다는 점을 인정하였다는 점에서 직장 내 괴롭힘의 ‘집단성’을 잘 드러낸 판결이라 할 수 있다. 이러한 판

3) 대법원 2016. 4. 12. 선고 2013다31137 판결.

집에서 직장 내 괴롭힘 행위(가해행위)의 위법성은 가해자의 의도가 아닌 피해자에게 발생한 결과(정신적 손해)를 기준으로 평가되어야 하며, 특정 시점이 아닌 행위 전후의 일련의 사정을 종합적으로 고려하여야 한다. 또한 이 판결은 직장 내 괴롭힘의 유형과 관련하여, 관리자 또는 동료 근로자가 원치 않는 비공식적 대화를 지속적으로 강요하는 행위도 직장 내 괴롭힘에 해당할 수 있다고 보았다는 점에서도 의의가 있다.

다만 대상판결 1은 기왕치료비 손해액과 위자료를 산정하는 부분에 있어서는 아쉬움을 남긴다. 원고에 대한 집단 방문행위가 특별히 강압적이거나 모욕적인 언사로 이루어지지 않았고, 원고는 노동조합 지부장이므로 비관 의견을 청취하는 것에 대한 수인한도가 높다고 보아 기왕치료비에 대한 피고들의 책임을 70%로 제한했기 때문이다. 하지만 원고가 노동조합 지부장이라는 사실은 오히려 피고들의 공동불법행위가 반조합적 의사에서 비롯된 부당노동행위일지도 모른다는 의심을 들게 하는 사정이고, 이러한 전체적인 집단 방문 및 대화 강요 행위가 계획적으로 조직되었다고 인정한 이상 각각의 행위가 심각하지 않았다는 사정을 고려할 필요가 있는지 의문이다.

또한 대상판결 1은 위자료 액수 산정에 있어서도 위 책임 제한 사유 및 원고가 입은 정신적 손해 중 일부가 정신과 진료 등으로 어느 정도 회복되었다는 점 등을 종합하여 집단 괴롭힘 행위에 대한 위자료를 500만원(명예훼손에 대해서는 400만원)으로 산정하였는데, 정신적 손해는 완전한 원상회복이 어렵다는 점을 고려하면 정신과 치료를 통해 정신적 손해가 일부 회복되었다는 사정을 쉽게 인정한 것도 이롭다.

Ⅲ. 대상판결 2 - 압구정 신현대 아파트 사건

1. 사실관계

대상판결 2는 갑(甲)질과 감정노동, 직장 내 괴롭힘에 대한 사회적 논의를 촉발시킨 압구정 아파트 경비원 자살 사건이다. 아파트 입주인 甲의 모욕적

언사와 행동으로 인해 정신적 스트레스를 받은 망인이 우울증 치료까지 받게 되자 사용자인 피고 회사에 근무지를 변경해 달라고 하면서 병가를 요청하였으나 ‘힘들면 권고사직 후 재입사를 하라’는 취지로 거부당했고, 이후 망인이 재차 甲의 폭언을 듣게 되자 스스로의 몸에 불을 붙여 자살한 것이다. 대상판결은 망인의 유족들이 사용자인 피고 회사의 보호의무 위반을 이유로 총 1억 4,000만원의 위자료를 청구한 것으로, 근로복지공단에서는 이미 업무상 재해로 인정된 바 있다. 가해행위자인 아파트 입주인 甲에 대해서도 함께 소가 제기되었던 것으로 보이나, 甲이 유족들에게 2,500만원을 지급하도록 하는 법원의 강제조정결정이 확정되면서 최종적으로는 피고 회사의 보호의무 위반에 대해서만 판결이 내려지게 되었다.

2. 쟁점과 법원의 판단

이 판결에서 법원은 근로계약에 수반되는 신의칙상 부수적 의무로서의 사용자의 보호의무에 대한 일반론을 실시한 후, 입주인 甲의 행동으로 인해 경비원들이 해당 건물 근무를 기피해왔다는 사실을 피고 회사가 알고 있었던 점, 망인이 근무지를 옮겨달라고 하였으나 적극적인 보호조치를 취하지 보다는 망인의 사직을 권유한 점, 근로복지공단이 망인의 사망을 업무상 재해로 인정한 점 등을 들어 피고 회사는 피용자인 망인에 대해 보호의무를 위반한 과실이 있고 이로 인해 이 사건 사고가 발생하였다고 봄이 상당하므로 망인 및 원고들에게 이 사건 사고로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 보았다. 또한 방론으로 이 사건 사고는 甲의 위법한 가해행위와 피고 회사의 보호의무위반으로 인한 과실이 경합하여 발생한 것이므로, 甲 및 피고 회사가 부담하는 공동불법행위로 인한 손해배상책임은 부진정연대채무의 관계에 있다고 판시하였다.

다만 위자료 산정에 있어서, 자살이라는 극단적 행동을 선택한 망인의 잘못을 도외시 할 수 없다는 점, 스트레스에 취약한 망인의 기질도 이 사고의 원인이 되었을 것으로 보인다는 점 등을 고려할 때 위자료를 망인 1,500만원, 원고 A 500만원, 원고 B, C 각 250만원으로 정하여 총 2,500만원의 손해배상책임을 인정하였다.

3. 판결의 의의와 한계

이 사건은 고객(입주민)에 의한 괴롭힘에 대한 가해자와 사용자의 손해배상책임을 인정한 판결로서, 직장 내 괴롭힘의 가해주체가 사용자 또는 근로자에 국한되지 않는다는 점,⁴⁾ 그리고 이 때 사용자가 보호의무를 위반한 사실이 있는 경우 사용자도 손해배상책임을 진다는 점을 확인한 판결로서 의의가 있다. 그간의 입법적 논의는 사용자와 동료 근로자에 의한 괴롭힘 ‘행위’를 규율하는데 초점을 맞추고 있었기 때문에 주로 근로기준법 개정에 초점을 두고 있었지만, 대상판결 2와 같은 고객 등에 의한 괴롭힘을 규율하기 위해서는 산업안전보건법 등의 개정을 통해 근로자의 건강에 미치는 ‘결과’로서의 직장 내 괴롭힘에 접근할 필요가 있다. 또한 이에 대한 사용자의 보호의무는 근로계약상의 부수적 의무에 그치는 것이 아니라, 산업안전보건법상의 의무로 구체화 되어야 한다.

다만 앞선 대상판결 1과 마찬가지로 위자료 액수의 산정방법은 쉽다. 사용자의 보호의무 위반에 대한 민사상 손해배상책임을 판단하다보니 업무상 재해여부를 둘러싼 행정소송과는 다르게 당해 근로자의 건강과 신체조건이 아닌 보통 평균인을 기준으로 하여 위자료가 산정될 수밖에 없었던 것으로 보인다. 또한, 망인이 자살에 이르게 된 배경에甲의 위법한 가해행위와 피고 회사의 보호의무 위반이 있다는 점을 고려하면 망인이 자살을 ‘선택’하였다고 볼 수 있는지도 의문이다.

IV. 나가며

대상판결은 직장 내 괴롭힘을 손해배상책임을 통해 규율하였다는 점에서 의의가 있지만, 동시에 이러한 민사적 접근방법이 갖는 한계를 드러낸다. 먼저 관련 소송에서 위자료 산정에 대한 법관의 재량이 광범위하게 인정되고

4) 직장 ‘내’ 괴롭힘이라는 용어는 고객 등에 의한 괴롭힘을 배제하는 것으로 이해될 수 있기 때문에, ‘일터 괴롭힘’이라는 용어를 사용해야 한다는 주장으로 류은숙·서선영·이종희(2016), 『일터괴롭힘, 사냥감이 된 사람들』, 코난북스, pp.24-25 참조.

있는 데다 인정되는 위자료 액수 자체도 정신적 손해를 위자하기에는 충분하지 않다.⁵⁾ 또한 피해자의 정신적 고통을 사후에 금전적으로 배상하도록 하는 민사적인 규율방식은 사전적 예방 효과를 기대하기 어렵고, 결과적으로 근로자의 인격을 돈으로 사는 것이나 마찬가지라고 할 수 있다. 그리고 민사소송의 구조상 괴롭힘에 대한 입증책임을 근로자 측이 부담할 수밖에 없었고,⁶⁾ 구제의 신속성과 편의성을 기대하기도 어렵다.

그러므로 직장 내 괴롭힘의 문제는 민사법리와는 별도로 노동법을 통해 규율할 필요가 있다. 입법을 통해서 직장 내 괴롭힘의 정의와 유형을 구체화하고, 고평법에서 성희롱 예방교육을 실시하는 것처럼 직장 내 괴롭힘 예방교육을 실시하고, 근로자가 직장 내 괴롭힘을 당하는 경우 사용자가 취해야 할 조치를 명확히 한다면 이로 인한 근로자의 인격침해와 사회적 손실을 예방할 수 있을 것이다. 직장 내 괴롭힘에 대한 산재보험법상 보호와 관련하여, 2016년에는 산재보험법 시행령 개정과 근로복지공단의 ‘정신질병 업무관련성 조사 지침’ 개정이 이루어지기도 하였다.

대상판결과 같은 직장 내 괴롭힘은 지금도 어디에선가 발생하고 있을 것이다. 부장검사의 폭언과 과도한 업무부여에 시달리다 자살한 평검사, 선배들의 폭언과 과로를 견디지 못하고 자살한 방송국 조연출 등, 더 많은 사고와 인명피해가 발생하기 전에 이에 대한 대응을 서둘러야 한다. 부디 이번 20대 국회에서는 논의의 결실을 맺을 수 있길 희망한다.⁷⁾

» 문준혁(서울대학교 박사과정, 노동판례리뷰 간사)

5) 이창현(2017), 「위자료의 현실화 방안」, 『저스티스』 통권 158-1호, 한국법학원, pp.61~68.
 6) 만약 대상판결 1의 원고가 피고들의 방문행위를 충실히 기록해두지 않았다면, 피고들의 행위가 불법행위를 구성한다는 주장이 인용되기 어려웠을지도 모른다.
 7) 2017년 5월 현재 20대 국회에 제출된 관련 입법안은 근로기준법 일부개정법률안(윤종오 의원안, 이인영의원안, 한정애의원안), 산업안전보건법 일부개정법률안(김삼화 의원안, 임이자의원안, 한정애의원안) 및 감정노동자보호법안(김부겸의원안) 등이 제출되어 있으며, 문재인 대통령의 대선후보 공약집에서는 근로기준법 제8조에 금지되는 폭행행위의 유형으로 지속적 폭언 등의 정신·정서적 학대를 포함시키겠다는 내용을 담고 있다.

사용자의 업무상 근로자 개인정보수집의 한계

- 수원지방법원 성남지원 2017. 4. 4. 선고 2015가합206504 판결 -

【판결요지】

과학기술의 진보에 따라 기업의 근로감시활동이 전자장비와 결합한 채 확대됨에 따라 근로자의 인격권 내지 사생활 침해 우려가 고조되고 있는 현실적인 상황과 애플리케이션을 이용하는 대다수의 이용자가 서비스 제공자가 본인 단말기의 정보를 얼마나 수집하고 어디까지 활용할 수 있는지 정확히 알지 못하는 현실을 고려하면, 근로자는 가능한 한 개인정보자기결정권의 침해방지를 위하여 업무수행의 과정, 방법 또는 정도 등과 관련하여 보호받아야 할 자신의 개인정보자기결정권을 사용자가 존중해 줄 것을 요구할 수 있다. (따라서) 이익형량을 통해 근로자의 개인정보자기결정권의 제한이라는 불이익이 더 크다고 판단되는 경우에는 비록 사용자의 업무지시가 적법한 것이라고 하더라도 근로자가 개인정보자기결정권의 제한에 관한 동의를 거부하였다는 이유만으로 이를 정계처분할 수 없다.

원고 A는 통신서비스업을 목적으로 하는 피고 회사 B의 근로자로서 1995. 7. 3. 입사하여 2014. 5. 12. 업무지원단으로 발령받았다. 피고 회사 B는 무선 품질 측정업무를 위해 안드로이드용 앱(이하 ‘업무용 앱’이라 함)을 개발하여 업무지원단 근로자들의 업무용 스마트폰에 설치할 것을 지시하였다. 이 업무용 스마트폰은 피고 회사 B가 근로자들에게 본 사건 전에 기 지급한 것이었으며 만일 근로자가 업무용으로 안드로이드가 아닌 다른 OS 기반의 스마트폰을 사용하고 있는 경우에는 업무용 앱 설치를 위해 별도의 안드로이드 스마트폰을 지급하였다.

업무용 앱은 스마트폰 내 정보 접근 권한으로서 카메라, 통화, 메시지, 현재위치, 연락처와 주소, 달력 일정, 계정 등 개인정보 및 그와 밀접한 관련이 있는 정보를 요구하였고 이러한 요구에 동의하지 않으면 앱 설치가 되지 않았다. 이에 원고 근로자 A는 업무용 앱의 설치가 개인정보침해의 우려가 크기 때문에 업무용 앱 설치를 위한 별도의 사업용 스마트폰(이하 ‘사업용 스

마트폰'이라 함)을 지급하여 주거나 그렇지 않으면 본 사건의 업무 외 다른 업무를 배정해 줄 것을 피고 회사 B에게 요구하였다.

그러나 피고회사 B는 원고 근로자 A의 두 가지 요구를 모두 거절하였고 A가 계속 업무용 앱 설치를 거부하자 성실의무 위반과 CEO에게 항의성 이메일을 보낸 것에 대해 조직 내 질서준중 의무 위반을 이유로 정직 1개월의 징계처분을 내렸다. 정직 1개월 후에는 피고 회사의 인사규정에 따라 전직명령을 내렸다. 이에 원고 근로자 A는 피고 회사 B를 대상으로 법원에 징계 및 정직처분에 대한 무효확인의 소를 제기하였다.

법원(수원지방법원 성남지원)은 근로자의 개인정보침해에 관한 법리를 따지기 전 먼저 피고 회사 B가 원고 근로자 A 등에게 지급한 업무용 스마트폰의 성격에 대해서 살펴보았다. 만일 피고 회사 B가 A 등 근로자에게 지급한 업무용 스마트폰이 오로지 업무 전용이라면 업무용 앱 설치를 통한 A의 개인정보 침해는 지극히 제한적일 수밖에 없기 때문이다. 그러나 법원은 사실관계에서 피고 회사 B의 업무용 스마트폰 지급이 복리후생적 성격으로서 직원들이 개인용으로 사용하는 것을 회사가 허용한 점을 감안하여 사안의 업무용 스마트폰이 「개인정보보호법」의 적용 대상이라고 판시하였다.

다시 법원은 사안의 업무용 스마트폰이 「개인정보보호법」의 적용 대상이라면 업무용 앱의 설치 절차에 동법상의 위법이 있지 않았는지를 살펴보아야 하고, 만일 업무용 앱의 설치가 적법하다면 업무용 앱 설치로 인한 사용자의 업무상 이익과 그로 인해 침해되는 근로자의 개인정보침해에 대한 양자의 이익형량이 필요하다고 판단하였다.

법원은 먼저 업무용 앱을 설치할 때 「개인정보보호법」상의 동의 조항을 준수하였고) 앱의 접근 권한 개인정보가 전화번호, 단말기정보, 위치정보, 측정시간, 네트워크 정보, LTE 정보 등에 그치며 실제 수집한 정보도 이와 동일한 점, 그리고 이 정보들이 업무상 필요하다는 점을 인정하여 「개인정보보호법」상 절차적 위반은 없었다고 판단하였다.

그러나 업무용 앱 설치에 따라 얻게 되는 사용자의 업무상 이익과 근로자

1) 「개인정보보호법」 15조(개인정보의 수집·이용) ①개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.

1. 정보주체의 동의를 받은 경우

의 권리 침해 간의 이익형량에 대해서는 다르게 판단하였다. 먼저 법원은 업무용 앱으로 인해 침해되는 근로자의 권리가 개인정보자기결정권을 명확히 하고 그 성질에 대해 설명한다. 즉, “개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함”한다는 것을 밝혀 개인정보로 포섭될 수 있는 정보의 범위가 광범위함을 실시한 후 “과학기술의 진보에 따라 기업의 근로감시활동이 전자장비와 결합한 채 확대됨에 따라 근로자의 인격권 내지 사생활 침해 우려가 고조되고 있는 현실적인 상황과 애플리케이션을 이용하는 대다수의 이용자가 서비스 제공자가 본인 단말기의 정보를 얼마나 수집하고 어디까지 활용할 수 있는지 정확히 알지 못하는 현실을 고려하면, 근로자는 가능한 한 개인정보자기결정권의 침해방지를 위하여 업무수행의 과정, 방법 또는 정도 등과 관련하여 보호받아야 할 자신의 개인정보자기결정권을 사용자가 존중해 줄 것을 요구할 수 있다”고 판시하였다. 이는 사용자 측의 근로자 개인정보수집이 기술적으로 매우 용이하고 광범위하나 이 과정을 근로자들은 잘 인식하지 못하며 이에 대한 방어수단 또한 취약하다는 의미이다.

사용자가 업무상 이익을 달성하기 위해 가지는 권리는 재산권과 영업의 자유를 바탕으로 한 근로자에 대한 업무지시권으로 근로자가 자신의 개인정보자기결정권을 이유로 업무지시를 거부한 경우 법원은 양자의 “이익형량을 통해 근로자의 개인정보자기결정권의 제한이라는 불이익이 더 크다고 판단되는 경우에는 비록 사용자의 업무지시가 적법한 것이라고 하더라도 근로자가 개인정보자기결정권의 제한에 관한 동의를 거부하였다는 이유만으로 이를 징계처분할 수 없다”고 하였다. 이에 법원은 본 사안의 경우 설치되는 업무용 앱이 업무와는 무관한 개인정보를 수집할 가능성이 있고, 원고 근로자 A와 피고 회사 B 간의 신뢰관계가 좋지 않음에도 개인정보침해가 없다는 객관적인 설득이 이루어지지 않았으며, 업무용 스마트폰이 안드로이드 OS가 아닌 근로자들에게는 별도의 사업용 스마트폰을 지급한 점 등을 고려하면 피고 회사 B의 본 사건 업무지시의 필요성이 원고의 개인정보자기결정권에 대한 제한의 불이익보다 더 크다고 볼 수 없다고 판단하였다. 따라서 원고

근로자 A에 대한 정직 처분 및 이에 따른 전직 명령은 무효라고 판결하였다.

법원의 최종 결론은 타당하지만 그 과정에서 몇몇 의문점이 생긴다. 먼저 법원은 업무용 앱을 설치할 때 개인정보 수집에 대한 동의 조항이 있음을 이유로 「개인정보보호법」 제15조 제1항 제1호를 준수하였다고 판단하였다. 그러나 그 동의의 진정성을 살펴보아야 한다. 그 동의를 하지 않으면 업무용 앱 자체가 설치되지 않고 앱을 설치하지 않는다는 것은 사용자의 지시불이행으로 그에 따른 징계의 위험까지 감수하겠다는 것이다. 따라서 ‘동의냐 징계냐’라는 양 극단에서의 근로자의 동의가 진정한 것인지는 심사숙고를 해야 한다.

법원은 오히려 「개인정보보호법」 제15조 제1항 제1호가 아니라 동조항 제6호를 살펴보았어야 했다. 지극히 형식적인 동의의 진정성을 인정할 수 없어 동조항 제1호는 사용자의 「개인정보보호법」 제15조 준수의 근거가 될 수 없으므로 또 다른 개인정보수집 근거 조항인 동조항 제6호를 보아야 하는 것이다. 동조항 제6호는 “개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우” 개인정보의 수집과 이용은 정당하다. 단, 단서로서 “이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다”고 규정하고 있다. 즉, 개인정보처리자인 사용자와 정보주체인 근로자 간의 이익형량을 하되 개인정보수집은 사용자의 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 않아야 하는 것이다. 이를 본 사안에 포섭하여 볼 때 통신사업자로서 사용자인 피고 회사 B는 무선통신 품질이라는 업무상의 정당한 이익이 있다. 그러나 앞서의 법원의 판시대로 그것이 명백하게 정보주체인 원고 근로자 A의 개인정보자기결정권보다 우선하지는 못한 것이다. 즉, 법원은 「개인정보보호법」 제15조 제1항 제1호의 준수를 인정한 후 이익형량에 들어갈 것이 아니라, 조문의 근거(제6호)를 달리하여 사용자가 「개인정보보호법」 제15조 제1항 제6호를 근거로 처음부터 사용자와 근로자의 이익형량을 한 후 사용자의 조치가 「개인정보보호법」 제15조를 위반하였음을 확인하여야 했다.

또한 법원은 결론적으로 사용자의 근로자 개인정보수집의 한계를 판시하였고 이를 넘어선 사용자의 근로자 개인정보 수집의 부당함과 이에 따른 징계의 무효를 밝혔다. 이를 근로자의 입장에서 보면 부당한 개인정보처리를

거부한 것에 대해서는 면책권을 부여한 것이라 볼 수 있다.²⁾

이상 본 판결은 개인정보처리에 있어 근거에 되는 정보주체인 근로자의 동의에 대한 진정성을 너무 쉽게 인정한 아쉬움은 남지만 사용자의 업무상 이익과 근로자의 개인정보자기결정권 간의 이익형량을 통한 근로자의 업무 지시거부권 내지 면책권을 긍정하였다는 점에서 향후 비슷한 사건에 있어 이정표가 될 주요한 의의가 있다고 생각된다.

>> 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

2) 사용자의 부당한 근로자 개인정보처리에 대해서 근로자가 거부 또는 허위정보를 제출하였다고 하더라도 면책권을 부여하여야 한다는 주장에 대해서는 양승엽(2016), 「근로자 개인정보 처리의 정당성 요건과 한계」, 『노동법포럼』 제18호, 노동법이론실무학회, pp.63~64 참조.

원청사업주에 대한 하청근로자의 초과근로수당 등 지급청구가 인정된 사례

- 서울중앙지방법원 2017. 5. 11. 선고 2016가단17109 판결 -

【판결요지】

(1) 실질적으로 원고들과 근로계약관계를 맺고 원고들을 지휘, 감독한 주체는 피고라 할 것이고, 따라서 임금 및 퇴직금 주체는 피고라고 봄이 상당하다.

(2) 원고들과 피고 사이에 포괄임금제에 관한 합의가 존재한다고 단정하기 어렵고, 원고들이 그와 같은 포괄임금제 약정에 관하여 묵시적으로 합의하였거나 동의하였다고 볼 수도 없다. 설령 원고들과 피고 사이에 그와 같은 포괄임금제에 관한 합의가 존재한다고 보더라도, 원고들의 업무가 감시·감독적 근로 등과 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정도 보이지 않으며, 그와 같은 임금 약정이 원고들에게 불이익이 없고 제반사정에 비추어 정당하다고 보기 어려우므로, 피고가 주장하는 것과 같은 포괄임금제 약정은 무효라고 봄이 상당하다.

하청근로자가 원청사업주가 실질적인 사용자임을 주장하면서 주휴수당, 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당 등 초과근로에 대한 미지급임금을 청구하여 받을 수 있을까? 대상판결의 법적 쟁점이 바로 이것이다.

우선 사실관계를 살펴보자. 이 사건 피고는 광산업을 수행하는 회사이고, 이 사건 원고들은 광부들로서 피고로부터 광물채굴을 위한 도급을 받은 하도급업체에서 근로하다가 퇴직한 자들이다. 이 사건 원고는 형식적으로는 피고의 하도급업체들과 근로계약을 작성하였으나 실질적인 사용자는 피고이고, 원고들은 1일 8시간 2교대제로 주 6일을 근무하면서 고정급으로 정해진 일급 외에는 다른 수당들을 전혀 지급받지 못하였는데 광산채굴업은 근로시간 산정이 가능하고 실제 근무현황이 기록되고 있으므로 포괄임금제 방

식의 임금지급은 무효라고 주장하면서 퇴직 이후 피고를 상대로 주휴수당, 연장·야간·휴일근로수당 등 미지급 법정수당 등을 지급하라는 소송을 제기하였다.

우선 피고에 대한 원고의 청구가 인정되기 위해서는 피고에게 임금 등의 지급주체인 사용자로서의 지위가 인정될 수 있어야 한다. 이와 관련하여 판례는 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자로 인정하는 경우가 있다. 즉 판례는 “원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수” 있는 경우에, 이른바 ‘묵시적 근로계약관계’의 성립을 인정한다.¹⁾ 묵시적 근로계약관계의 성립이 인정되는 경우에는 근로자(하청근로자)가 근로를 제공한 때부터 제3자(원청사업주) 사이에 직접고용관계가 성립한 것이 되며, 제3자(원청사업주)는 직접고용관계가 성립된 것으로 인정되는 시점부터 「근로기준법」 등 노동관계법상 직접 사용자로서 책임을 부담한다.

대사판결에서는 대법원이 묵시적 근로관계가 성립되기 위한 요건을 설치하고 있지는 않지만, ① 원고들은 형식적으로는 피고의 하도급업체인 ○, □, △와 근로계약을 작성하였으나, 위 하도급업체는 시기만을 달리하여 피고와 도급계약을 체결하였고, ○대표자 ○○○, □대표자 □□□의 대구지방고용노동청 영주지청에서의 진술에 의하더라도 도급업무 수행시 별도의 사업을 수행한 사실이 없으며, 계약 만료시 폐업한 것으로 보이는 점, ② 도급계약 만료시 소유장비 전부 및 소속 종업원 전부를 포함하는 영업 전부를 피고가 정하는 업체에 양도하기로 하고, 하도급업체 간 고용승계를 자동 연장한 것으로 보이는 점, ③ 하도급업체의 대표들은 피고 소속 직원들이었을 뿐만 아니라, 작업에 필요한 장비가 피고 소유이고, 실제 작업에 있어서도 피고 소속 보안감독자에 의한 감독이 이루어지고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 원고들의 퇴직 당시 피고가 퇴직금을 지급한 점 등 제반 사정을 종합하여,

1) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 등 참조

이 사건 원고들의 실질적인 사용자, 따라서 임금 및 퇴직금의 지급 주체는 피고인 원청사업주라고 봄이 타당하다고 판단하였다. 지극히 타당한 결론이라 판단된다.

다음으로 대상판결에서는 포괄임금제에 대한 합의가 체결되었는지가 다투어졌다. 포괄임금제는 「근로기준법」에 근거한 것이 아닌 판례에 의해 인정되고 있는 제도로, 판례에 의하면 포괄임금제란 “기본임금을 미리 산정하지 않은 채 시간외 근로 등에 대한 제수당을 합한 금액을 월 급여액이나 일당 금액으로 정하거나, 매월 일정액을 제수당으로 지급하기로 하는 임금지급계약²⁾으로 정의된다.

포괄임금제가 성립되기 위해서는 우선 단체협약, 취업규칙 또는 개별 근로자의 동의 등 법적 근거가 있어야 한다. 문제는 이와 같은 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등 포괄임금제에 대한 명시적 약정이 없이 실시되는 경우인데, 이에 대해 판례는 포괄임금제에 대한 근로자와의 명시적 약정이 없는 경우나 당사자의 계약의사가 불분명한 경우 “포괄임금제에 관한 약정이 성립하였는지는 근로시간, 근로형태와 업무의 성질, 임금산정의 단위, 단체협약과 취업규칙의 내용, 동종 사업장의 실태 등 여러 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 구체적으로 판단”해야 한다는 입장³⁾에 서서, 단체협약 등에 일정 근로시간을 초과한 연장근로 시간에 대한 합의가 있다거나, 기본급에 제수당을 포함한 금액을 기준으로 임금인상률을 정했다는 사정만으로는 포괄임금제에 대한 합의가 있다고 볼 수는 없고,⁴⁾ 또한 단체협약이나 취업규칙 등에 포괄임금제 실시에 관해 규정하고 있다고 하더라도, 단체협약이나 취업규칙, 급여규정 등에서 기본급과는 별도로 연장·야간·휴일근로수당 등을 세부항목으로 나누어 지급하도록 정하고 있는 경우는 포괄임금제에 해당한다고 볼 수 없다고 한다.⁵⁾ 한편 최근 대법원은 “단체협약이나 취업규칙 및 근로계약서에 포괄임금이라는 취지를 명시하지 않았음에도 묵시적 합의에 의한 포괄임금약정이 성립하였다고 인정하기 위해서는, 근로형태의 특수

2) 대법원 1997. 4. 25. 선고 95다4056 판결; 대법원 1998. 3. 24. 선고 96다24699 판결; 대법원 1999. 5. 28. 선고 99다2881 판결 등.

3) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다57852 판결.

4) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결.

5) 대법원 1995. 7. 28. 선고 94다54542 판결.

성으로 인하여 실제 근로시간을 정확하게 산정하는 것이 곤란하거나 일정한 연장·야간·휴일근로가 예상되는 경우 등 실질적인 필요성이 인정될 뿐 아니라, 근로시간, 정하여진 임금의 형태나 수준 등 제반 사정에 비추어 사용자와 근로자 사이에 정액의 월 급여액이나 일당 임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적으로 인정되는 경우이어야 한다.”⁶⁾고 판시하여, 명시적 합의가 없는 경우에 포괄임금제 합의를 인정하는 데 이전보다 엄격한 태도를 보인 바 있다.

또한 포괄임금제의 유효성과 관련하여 기존 판례는 폭넓은 범위에서 포괄임금제의 유효성을 인정하여 왔으나,⁷⁾ 대법원은 2010. 5. 13 선고 2008다6052 판결 이후에는 “감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 「근로기준법」상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 「근로기준법」상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금지급계약을 체결하는 것은 그것이 「근로기준법」이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없다. (구)근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부 개정되기 전의 것) 제22조(현행법 제15조)에서는 「근로기준법」에 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하면서(「근로기준법」의 강행성) 그 무효로 된 부분은 「근로기준법」이 정한 기준에 의하도록 정하고 있으므로(「근로기준법」의 보충성), 근로시간의 산정이 어려운 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 방식으로 약정된 경우 그 포괄임금에 포함된 정액의 법정수당이 「근로기준법」이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달하는 때에는 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금지급계약 부분은 근로자에게 불이익하여 무효라 할 것이고, 사용자는 「근로기준법」의 강행성과 보충성 원칙에 의해 근로자에게 그 미달되는 법정수당을 지급할 의무가 있다”고 하여 ‘근로시간 산정이 어려운 경우’로 포괄임금제의 유효성을 제한하고자 하는 입장을 취하고 있다.⁸⁾

6) 대법원 2016. 10. 13 선고 2016도1060 판결.

7) 대법원 1997. 4. 25. 선고 95다4056 판결; 대법원 1998. 3. 24. 선고 96다24699 판결; 대법원 1999. 5. 28. 선고 99다2881 판결 등.

이상의 포괄임금제에 대한 최근 대법원 판례의 입장을 정리하면, 포괄임금제에 대한 당사자 간의 합의가 명확하지 않은 경우 포괄임금제의 묵시적 성립을 쉽사리 인정하지 않고, 포괄임금제에 대한 합의가 인정되는 경우에도 포괄임금제를 근로시간 산정이 어려운 경우에만 유효한 것으로 인정하여 포괄임금제를 엄격히 제한하고자 하는 것으로 이해될 수 있다. 대상판결은 [판결요지]에서 보는 바와 같이 피고 원청사업주의 포괄임금제 성립 및 유효성 주장을 모두 배척하여 하청근로자에 대한 초과근로 등에 대한 법정수당 지급을 인정하여 포괄임금제에 대한 최근 대법원 판례의 입장에 기초한 것으로 타당한 결론이라 생각된다. 다만, 대상판결에서 포괄임금제의 성립과 유효성과 관련하여 그 판단근거를 명확히 구분하지 않은 채 이를 일률적으로 나열하고 있는 부분은 아쉬운 대목이다.

한편, 포괄임금제에 대하여는 지속적으로 문제점이 지적되어 왔고, 현재 국회에는 이를 개선하기 위한 법률안이 제출되어 있다. 포괄임금제는 우리나라 장시간근로의 원인 중 하나로 지적되어 왔다. 포괄임금제는 편법·왜곡된 관행으로 법정근로시간을 무시하고, 연장근로·야간근로·휴일근로를 내포하고 있는 제도이어서 휴일·휴가제도의 형해화를 초래하고, 장시간근로를 가능하게 함으로써 근로자들의 건강과 생활에 지장을 줄 수 있기 때문이다. 장시간근로로 인한 피해를 최소화하기 위해서는 포괄임금제에 대한 제도적 개선이 필요하고, 이번 국회에서 그 결실이 있기를 기대해 본다.

» 김기선(한국노동연구원 연구위원)

8) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2011도12114 판결; 대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결.

인사이동, 징계, 근로관계의 변동

연차휴가 당일 발생한 협력업체의 납품 지연 문제를 회사에 즉시 보고하지 않아 징계가 인정된 사례

- 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누81989 판결 -

【판결요지】

근로자가 연차휴가 당일 협력업체의 자재 납품 지연으로 결품이 예상되는 상황임에도 이를 즉시 회사에 보고하지 않음으로써 자재통제 업무를 게을리 하였다고 봄이 타당하고, 이는 취업규칙에서 정한 징계사유(고의, 중과실로 중대한 사고를 발생시킨 자, 회사의 정책방향에 역행하고 간부사원의 본분에 어긋나는 행동을 하여 그 결과로 회사업무에 악영향을 끼친 자)에 해당한다.

대상판결은 근로자가 연차휴가 중에 업무상 적절한 조치를 하지 않았다고 징계가 인정된 사건이어서 관심이 주어진다. 대상판결의 회사는 자동차 제조회사이고 근로자는 생산관리부에서 자재관리를 담당하는 직원이다. 그 근로자는 연차휴가 당일, 자재를 납품하는 협력업체로부터 납품이 지연되고 있다는 전화를 받고, 배송차량 상황을 파악하고 자재가 결품되지 않도록 납품업체를 독려했었다. 그렇지만 이러한 상황을 회사에 즉시 보고하지는 않았고, 결국 자재의 결품이 발생하여 생산라인이 18분간 정지되었다. 회사는 연차휴가를 사용하면서 업무인수인계를 미실시한 점 및 즉시 보고를 누락한 점 등을 이유로 견책의 징계처분을 하였다. 대상판결과 1심 판결(서울행정법원 2016. 12. 1. 선고 2016구합63798 판결)은 업무인수인계에 관해 정한 바가 없어 업무인수인계 미실시 부분은 징계사유가 되지 않으며, 즉시 보고 누락 부분은 위의 판결요지와 같이 징계사유로 인정하여 견책의 징계처분이 정당

하다고 판단했다.

휴가일에는 근로제공 의무가 면제되어 쉬게 된다. 대상판결 사건처럼 연차휴가가 비록 1일간이더라도 그 날은 근로제공 의무가 없다. 그럼에도 회사 일을 무언가 잘못 처리하였다고 징계를 받는다면, 그 전제로 회사 일을 하여야 할 어떠한 의무가 있는지가 설명되어야 한다. 취업규칙에 휴가 중에도 회사 일을 일정 부분을 하도록 규정한다면 그것은 휴가 중의 근로제공 의무를 설정하는 것이 된다. 연차휴가를 보장하고 있는 「근로기준법」 제60조에 위반되어 그러한 취업규칙은 무효이다.

다음으로 이 사건처럼 특별한 사고가 발생하였다는 점에서 근로자는 사고를 대처할 신의칙상의 의무가 부담되는지가 논해질 수 있다. 노동관계는 인적·계속적 관계이므로 노사 당사자가 근로제공·임금지급 의무에 덧붙여 신의칙상 성실·배려의 의무를 당연히 부담한다고 해석되고 있다. 근로자의 성실의무의 내용으로 흔히 영업비밀유지 의무, 경업피지 의무, 사고대처 의무 등이 거론된다. 사용자의 성실의무의 내용으로 안전배려 등 배려의무가 거론된다. 근로자의 신의칙상 사고대처 의무란 근로자는 근로시간 내외를 불문하고 작업시설·설비·원료 등에 결함을 발견한 경우에 사용자가 적절한 대책을 강구할 수 있도록 이를 지체 없이 사용자에게 고지하되, 고지할 여유가 없을 정도로 사정이 급박하면 고장·사고 등을 방지하기 위한 응급 조치를 하여야 한다. 작업시설 등의 결함은 고장·사고, 그 밖에 사용자에게 중대한 손해를 야기할 가능성이 있지만, 그 결함 유무 등의 상태는 근로자가 더 발견하기 쉽기 때문에 근로자는 근로제공 의무의 범위를 넘어 이러한 발견에 대처하여 사용자의 이익을 보호할 신의칙상의 의무가 있다고 보는 것이다.¹⁾ 그런데 사고대처 의무는 사업장에서 있다가 발견한 사고를 전제한다. 휴일이나 휴가로 사업장에 없는데도 사업장의 사고를 발견한다는 것은 상정하기 어렵다.

헌법재판소는 연차휴가를 “노동으로부터 일정기간 해방”으로 이해한다(헌법재판소 2015. 5. 28. 2013헌마619 결정). 대상판결의 사건은 징계처분이 인정되어 휴가조차도 진정하게 노동으로부터 해방되지 못했다. 노동으로부터

1) 신의칙상의 사고대처 의무에 관한 위 설명은 임종률(2017), 『노동법』 제15판, 박영사, pp.351~352 내용을 전제하였다.

의 해방이 다시 노동에의 구속으로 변화하는 계기는 무엇일까? 바로 휴대전화로 납품업체로부터 업무상의 연락을 받았기 때문이다. 휴가 중에 거래처 휴대전화 연결을 받아야 할 의무는 없다. 거래처와의 통화는 그 근로자가 선의로 전화를 받았기에 이루어졌다. 근로자의 선의가 오히려 회사에 즉시 보고하지 않았다는 잘못을 만들었다. 완성차 제조업체에서는 납품자재의 물류 비용을 줄이기 위해 자재의 재고물량을 줄이고 있다. 납품 지연에 따른 결품 방지는 그 근로자의 일상적인 업무이다. 담당직원의 휴가로 결품 방지가 제대로 되지 못하는 것을 특별한 사고라 보더라도, 그것은 그의 휴가로 인해 미리 예견되는 사고 발생이다. 대상판결은 사고 대처로서 회사에 즉시 보고하지 않았다는 점에 근로자의 잘못이 있다고 한다. 회사 밖에 있을 때는 회사에 즉시 보고하여 현장에서 가능한 한 빨리 적절한 조치가 이루어질 수 있도록 하여야 한다는 점을 적용했다. 그러나 이것은 근무도중 회사 밖에 있을 때를 전제한다. 대상판결은 휴가 중에 근로자가 선의로 거래처의 전화를 받아 사고를 알게 되었다는 점을 고려하지 못했다. 근로제공 의무가 면제된 휴가인데도 근로제공 의무의 하나인 즉시 보고의무가 인정되는 것은 아니다.

신의칙이 내세워야 할 사회통념이란 휴가일에는 회사일이 아무리 급하다 해도 전혀 연결되지 않는 것이다. 휴대전화로 인해 직장 업무의 시공간은 사업장 밖으로까지 확대될 뿐만 아니라, 근무시간 아닌 시간까지, 휴일까지, 심지어 휴가일까지도 확대되고 있다. 이러한 현상은 24시간 언제나 대기 중이며 업무를 보아야 하게 되어 노동의 종속성 강화로 나타난다. 스마트폰의 발전으로 휴대전화가 인터넷 연결이 가능해졌다. 휴대전화를 가지고 이메일을 통해, 카톡을 통해, 언제 어디서나 당연히 업무 일로 연결될 수 있다고 생각한다. 인간을 일하는 존재로서만 의미를 부여한다. 이러한 생각은 옳바르지 못하다. 우리가 ‘연결되지 않을 권리’에 관심을 갖는 이유는, 인간에 대해 일하는 존재로서의 의미와 일 밖에서 삶을 누리는 존재로서의 의미를 함께 존중하려 함이다. 휴가 중에는 ‘소셜 블랙아웃’이 사회통념이 되어야 한다. 그것이 노동으로부터 해방이라는 휴가의 본질을 살릴 수 있다. 휴가 간 근로자가 회사 일에 전혀 신경 쓰지 않도록 배려할 의무가 오히려 사용자의 신의칙상의 의무라고 해석되어야 한다.

대상판결은 징계처분의 전제인 근로자의 의무가 취업규칙상의 근로제공 의무인지 신의칙상의 사고대처 의무인지에 관한 깊은 성찰도 없으며, 휴가

의 취지에 대한 깊은 성찰도 없다. 비록 견책처분이어서 중한 징계는 아니었지만, 휴가 중에도 업무 일을 파악하고 즉시 보고하여야 한다고 오해를 불러 일으킨다.

오히려 휴가는 업무 일로 연결되지 않는다는 것을 전제하고, 회사가 휴가에 대처하는 방법을 세우는 것이 올바른 방법이다. 대상판결에서는 그 근로자가 자발적으로 업무대체자를 지정하고 업무인수인계를 할 의무는 없었다고 판단했다. 미리 회사가 업무대체자의 지정과 업무인수인계에 관해 매뉴얼이나 내부규정을 두어야 한다. 이 사건처럼 수십 개의 협력업체들을 상대로 자재납품 상황을 점검해야 하는 자재통제 업무라 하더라도 마찬가지이다. 담당직원이 휴가를 앞두고 협력업체에 메일을 보내 자신의 휴가 날짜와 함께 업무대체자와 연락처를 전달하는 것도 회사의 매뉴얼이나 내부규정에 두어야 한다. 근로자의 휴가로 인해 업무에 차질이 없도록 대처할 책임은 오로지 사용자의 몫이다.

» 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약

- 서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결 -

【판결요지】

대한석탄공사 장성광업소의 채탄 및 선탄 용역업체의 변경과정에서 종전 사업체와 원고들(사장) 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었음을 인정하여, 종전 사업체와 참가인들의 근로관계가 원고에게 승계되고 종전 사업체와의 단체협약 또한 참가인들에게 적용된다고 보아, 참가인들의 정년 만료를 이유로 한 이 사건 해고는 부당하며 또한 부당노동행위에 해당한다고 보아, 이와 결론을 달리한 1심판결을 취소한 판결.

도급인에 의해 외주 용역업체가 변경되어 기존 용역업체가 수행하던 사업이 신규 용역업체로 이전되는 경우, 기존 용역업체는 불가피하게 그 사업의 전부 또는 일부를 폐지하게 될 것이다. 이렇게 폐지되는 사업에 종사하던 근로자들의 법적 지위에 관해서는 이들의 근로관계가 신규 용역업체에 승계되는지, 승계된다면 구체적인 근로조건은 어떠한 기준으로 정해지는지 등의 문제가 발생한다. 종래 법원은 영업양도 시 근로관계의 승계에 관한 판례 법리를 인용하여 이러한 문제를 다루어 왔는데, 도급인에 의하여 용역업체의 변경이 이루어지는 대다수의 사안의 경우에는 기존 용역업체와 신규 용역업체 간에 어떠한 직접적인 ‘법률행위’가 존재하지 않으므로 기존 용역업체와 신규 용역업체 간의 영업양도를 인정하기는 어렵고 그 결과 근로관계의 승계도 인정되지 않는다는 것이 판례의 주류적인 경향이었다. 이처럼 종래 판례는 용역업체의 교체에 따라 실질적으로 사업의 이전되는 경우에도 원칙적으로 이를 영업양도로 인정하지 않았고, 따라서 용역업체의 교체로 인하여 기존 용역업체 소속 근로자가 해고되는 경우 이들을 구제할 적절한 방법을 찾기 어려웠다. 그런데 대상판결은 이러한 종래의 주류적인 판례와는 달리 기존 용역업체와 신규 용역업체 사이에 ‘묵시적 영업양도계약’이 성립되었다고 인정하고, 나아가 이러한 묵시적 영업양도계약의 성립을 전제로 종전 용역업체가 체결한 단체협약이 신규 용역업체에 승계되었다고 판단하였다.

대상판결은 신규 용역업체가 종전 용역업체에 소속된 근로자들의 승계 내지 채용을 거부하지 않고 이들을 채용한 경우에 있어 신규 용역업체와 근로자 간의 근로조건을 어떻게 규율할 것인지 문제된 사건이라는 점에서 근로관계의 존속보호가 직접 문제되는 사안은 아니지만, 기존 용역업체가 체결한 단체협약이 신규 용역업체에 승계되는가의 쟁점에 관하여 ‘묵시적 영업양도계약’이라는 법리를 인정하여 신규 용역업체 간의 근로관계의 포괄승계를 인정하였다는 점에서 용역업체의 변경 시 근로관계의 존속과 기존의 근로조건에의 보장이라는 관점에서 의미가 크다.

그러나 영업양도에 관한 기존의 대법원 판례 법리에 비추어 볼 때, 대상판결의 이러한 판단이 과연 충분한 논증을 거친 것인지 혹여 개별 사건의 구체적인 타당성을 위하여 충분한 논증 없이 직관적으로 판단한 것은 아닌지 하는 의문을 피하기는 힘들어 보인다. 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결은 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”고 판시하였는바, 이러한 판시에 따르면 용역업체의 변경을 영업양도에 포섭시키기 위해서는 신규 용역업체 간에 영업의 양수도에 관한 법률행위가 반드시 존재해야만 할 것이다. 그런데 대상판결은 신규 용역업체가 경쟁입찰의 형식을 거쳐 도급인과 직접 도급계약을 체결하였지만 경쟁입찰에 참여함에 있어 ‘종전 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것’을 전제로 입찰에 참여했던 사정이 있다고 인정하고, 이러한 사실을 근거로 신규 용역업체 사이에 ‘묵시적 영업양도계약’이 성립되었다고 판단하였으나, 신규 용역업체가 기존 용역업체와는 무관하게 도급인과 독자적인 도급계약을 체결하였다는 점에 비추어보면 신규 용역업체 사이에 사업의 이전에 관한 의사의 합치가 존재한다고 보는 것은 다소 무리한 사실인정이라고 생각된다.¹⁾ 물론 대상판결이 ‘묵시적 영업양도계약’이란 표현을 사용한 것은 기존 용역업체의 단체협약이 신규 용역업체에 승계됨을 인정하기 위한 고육책으로 생각되며, 구체적 타당성의 관점에서 이러한 노력은 높게 평가되어야

1) 물론 용역업체의 교체 과정에서 기존의 용역업체와 새로운 용역업체 간에 사업의 설비에 관한 양수도가 이루어졌다면 이에 부수하여 기존의 용역업체의 사업주와 새로운 용역업체 간에 명시적 또는 묵시적 영업양도가 있다고 이해할 수 있을 것이다.

할 것이다.

사업의 이전에 따른 근로관계의 승계에 관한 입법이 이루어지지 않은 우리나라에서 용역업체의 변경에 부수한 사업의 이전이라는 사실 자체로부터 근로관계의 승계라는 법률효과의 발생을 인정하는 것은 용이하지 않다. 따라서 용역업체 변경 시 근로관계의 승계 문제는 결국은 입법을 통하여 해결해야 할 과제라고 생각한다. 다만 그러한 입법이 이루어지지 않은 현재 상황에서 이러한 문제를 합리적으로 해결하기 위한 방법론의 모색은 여전히 필요할 것이며, 그러한 방법론 중의 하나로 근로관계 승계의 요건이 되는 영업양도 개념의 재구성을 전제로 영업양도에 관한 판례 법리를 유추 적용하는 방법을 고려할 수 있다고 생각한다.

현행법은 영업양도에 따른 근로관계의 승계에 관하여 어떠한 명문규정을 두고 있지 않고 문제의 해결을 법관의 법형성에 맡기고 있는바, 판례는 “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다.”는 입장을 취하였다.²⁾ 이처럼 판례는 영업양도를 ‘인적 조직’을 포함한 ‘일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체’의 양도라고 이해하여 왔는데, 이는 마치 영업의 양도인이 자신의 의사로 근로자(인적 조직)를 제3자에게 양도할 수 있다는 취지로 읽힌다. 그러나 고용의 전속성을 선언하고 있는 「민법」 제657조 제1항의 취지상 이러한 이해는 옳지 않다. 유기적 조직체로서의 영업을 제3자에게 승계되어 사업이 이전됨으로 인하여 근로관계가 제3자에게 승계된다는 이론구성 자체에는 반대하지 않지만, 이러한 근로관계의 승계가 영업양도인과 영업양수인의 의사의 합치에 근거한다는 발상은 근로자를 ‘인적 조직’이라는 용어로 치환하여 근로자의 인격권을 무시하고 나아가 근로자를 거래의 대상으로 삼는 것에 다름 아니므로 받아들이기 어렵다. 따라서 영업양도에 있어 근로관계의 승계는 기본적으로 영업 자체가 이전되었다는 사실 자체에서 구하는 것이 올바른 접근이라고 생각한다.

2) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결.

근로관계의 승계라는 법률효과가 인정되는 영업양도의 주된 개념징표를 ① 기존 사업의 폐지와 ② 사업의 총체적인 이전으로 재구성하는 전제에 선다면, 신규 용역업체 간의 영업 내지 자산의 양수도에 관한 법률행위의 존부는 용역업체의 변경에 따른 사업이전이 영업양도의 유형에 편속되는가를 평가함에 있어 본질적인 요소가 아니다.³⁾ 이처럼 근로관계의 승계라는 법률효과를 발생시키는 영업양도를 판례와 같이 법률행위 그 자체로 인식하지 않고 그러한 법률행위의 결과 발생하는 ‘사업의 이전’이라는 사실을 주된 징표로 하는 유형적 개념으로 재구성한다면 이 사건과 같은 용역업체의 교체로 인하여 ‘사업의 이전’이라는 결과가 발생할 사안을 영업양도의 유형에 편속시킬 수 있을 것이며, 따라서 영업양도에 관한 판례 법리를 적용 내지 유추 적용할 수 있을 것이다.

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

3) 다만, 사업양도를 ‘법률행위’에 의하여 특정한 사업 또는 사업부분을 양도·양수하는 것으로 이해하는 전통적인 해석(예컨대, 김형배(2015), 『노동법』 제24판, 박영사, p.628)을 견지하는 입장에 서면 필자의 이러한 주장이 수용되기는 어려울 것이다.

직위해제무효확인 소송 중 다시 직위를 부여받은 경우 법원의 처리방식과 맹점

- 서울고등법원 2017. 9. 20. 선고 2017나2013890 판결 -

【판결요지】

직위해제란 그 직위를 계속 유지시킬 수 없는 사유가 있어서 그 직위를 부여하지 아니하는 것으로서 직위해제를 받은 사람이 얼마 후에 다른 직위를 다시 부여받았다면 그 직위는 이미 회복되었다고 볼 것이므로 그 직위해제에 어떤 하자가 있음을 이유로 그 무효확인을 구할 소의 이익은 없다. 또한 직위해제가 취소되거나 그 무효임이 확인되지 아니하는 한 그 후에 직위를 부여받았다 하여 위법한 직위해제처분에 의하여 신분적으로 또는 재산적으로 받은 불이익한 결과가 직위해제 당시에 소급해서 제거되고 직위해제가 없었던 것과 마찬가지로 법적 상태가 되는 것은 아니지만, 직위해제의 하자가 중대하고 명백하여 무효라면 직위해제의 의하여 받게 된 신분적 또는 재산적 이익의 회복 그 자체를 직접 목적으로 하는 소송에서 그 전제로서 그 직위해제의 무효를 주장할 수 있다.

사안에서 원고는 시설관리공단(피고)에서 감사담당관으로 근무하였고, 피고 공단이 정관 개정 후 감사담당관 직제를 폐지하고 원고를 다른 직책으로 전보발령하였지만, 원고가 이를 거부하자 직위해제 및 대기발령을 내리게 되었다. 원고는 이에 대해 직위해제 무효확인의 소를 제기하였고 항소심이 진행되던 도중 피고가 원고에게 다시 직위를 부여하여 법원은 소의 이익이 없다는 이유로 각하 판결을 하게 되었다. 한편 직위해제 무효확인의 소가 계속 중이던 동안에 원고가 피고를 상대로 직위해제 등으로 인한 정신적 손해 배상을 구하는 소도 제기해 놓은 상태였다.

직위해제 무효확인의 소에 대해서 법원이 소의 이익이 없다는 판단을 내린 이유는, 직위해제를 받은 자가 다시 직위를 부여받은 경우 직위는 회복된 것이므로 직위해제의 무효를 더 이상 다룰 실익이 없고 설사 종전의 직위해제 자체가 무효였다 하더라도 그 무효는 직위해제로 인한 임금지급 기타 손

해배상청구 소송에서 선결문제로 주장할 수 있기 때문이라는 것이다.

대상판결의 이러한 입장은 기본적으로 민사소송의 법리가 그대로 적용된 것이다. 글자 그대로의 의미만 보자면, 확인의 소는 무엇인가를 확인해달라는 요구이기에 논리적으로는 무제한 제기할 수 있어야 한다는 결론이 가능하지만, 소송 현실에서 그런 논리를 그대로 인정해버리면 권리구제 절차로서는 대단히 비효율적이게 된다. 그런 이유로 확인의 소에서는 그 효율적 이용을 위한 통제수단으로 소의 이익을 필요로 하며, 확인의 소에 있어서 소의 이익은 일반적으로 대상적격과 확인의 이익을 포함하는 것으로 정리되어 있다. 대상적격은 확인의 대상이 현재의 권리·법률관계이어야 한다는 것을 의미하고, 확인의 이익은 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안이나 위험이 있고 그 불안이나 위험을 제거하기 위해서 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단일 것을 의미한다. 특히 확인의 이익과 관련하여 확인의 소에는 보충성의 원칙이 적용되는데, 이행의 소나 형성의 소 제기가 가능한 경우 확인의 소는 불허되는데, 이행의 소나 형성의 소 제기가 가능한 경우에 확인의 소를 제기하는 것은 분쟁해결의 적절하고 경제적인 수단이 아닌 것으로 평가받기 때문이다.

사안의 경우 말 그대로 확인의 소이기 때문에 이미 직위를 새로 부여받은 상황에서 당초의 직위해제가 무효라는 확인을 구하는 것이 확인의 소의 기본적인 법리상 맞지 않아 보이긴 한다. 게다가 직위해제로 인한 정신적 손해 배상청구 소송이 이미 진행 중인 상황이고 또한 청구취지의 변경 내지 확장을 통해서 직위해제 기간 동안 미지급된 임금 상당액도 청구가능하므로 직위해제 무효확인을 종전 절차에서 별도로 인정하는 것이 경제적으로 비효율적일 수 있다. 왜냐하면 손해배상청구소송 등 이행의 소에서 직위해제의 무효 여부를 선결적으로 판단해야 하기 때문이다.

대상판결의 입장은 민사소송의 기본적인 법리가 반영된 것으로서 절차법적 논리 그 자체로는 문제가 없다고도 볼 수 있다. 다만 아쉬운 점은 있다. 사안에서는 직위해제무효확인 소송의 계속 중 별도로 손해배상청구 소송을 진행 중인 경우였지만, 직위해제무효확인의 소만 진행하다가 직위를 새로 부여받은 경우에도 단순히 소 각하 판결이 내려질 것인데, 이때 당사자인 근로자는 직위해제 그 자체의 무효여부만 확인받고 싶은 경우에도 새롭게 임금청구 기타 손해배상 등을 구하는 이행의 소를 제기해야 당초의 직위해제

가 정당한지 부당한지 확인받을 수 있기 때문이다. 즉 근로자 입장에서는 또 다시 소 제기를 해야 하는 번거로움을 피할 수 없는 것이다.

이처럼 직위해제를 포함하여 근로자에게 신분을 박탈시키는 불이익처분을 내리고 근로자가 이에 대해 다투던 중에 직위부여 내지 업무복귀명령을 내리는 경우 그에 대해 다투는 이익이 없다는 식의 판단으로 절차를 종료시키는 것은 비단 법원을 통한 권리구제절차에서 뿐만은 아니다. 직위해제 기타 해고 등 신분변동처분에 대해 노동위원회 구제신청을 통해서 다투는 경우에도, 이를 다투는 도중에 사용자가 직위부여 내지 업무복귀명령을 내리는 경우 일률적으로 해당 사건은 구제이익이 없다는 이유로 각하 판단을 받게 된다. 그런데 이런 경우들에 있어서 그 절차법상 타당성은 별론으로 하고, 문제는 사용자의 직위부여 내지 업무복귀명령의 진정성을 확인할 수 없다는 데 있다. 무슨 의미이고 하니 사용자 입장에서 현재의 법적 분쟁에 대응하는 것이 번거롭고 어려우니까 일단 직위부여 내지 업무복귀명령을 내려 현재의 분쟁을 종결시키고 이후 근로자가 복귀한 후에 새롭게 절차를 진행하여 얼마든지 불이익처분을 또 내리는 것이 가능하기 때문에, 직위부여 내지 업무복귀명령이 소위 ‘눈 밖에 난’ 근로자를 내쫓는 전 단계로 이용되는 것인지 아닌지 노동위원회나 법원 입장에서 판단이 이루어지기 어렵고, 또 그렇게 악용되는 것을 방지할 방법도 현재로서는 딱히 없다는 것이다.

» 노호창(호서대학교 법경찰행정학부 교수)

징계사유의 존부에 관한 판단

- 서울중앙지방법원 2017. 3. 16. 선고 2016가합538955 판결 -

【판결요지】

원고가 피고의 영업비밀이 포함된 내부자료 파일을 외부저장장치(USB 메모리 등)에 다운로드 받은 사실은 앞서 본 바와 같으나, 원고가 위와 같은 영업비밀을 누설(아직 알지 못하는 타인에게 알려주는 일체의 행위)하거나 이로 인하여 피고에게 피해가 발생하였음을 알 수 있는 아무런 증거가 없다. 따라서 원고의 위와 같은 행위는 취업규칙 제53조 제2호에서 정한 징계사유에 해당하지 아니한다.

나아가 피고는 원고의 위와 같은 행위는 취업규칙 제53조 제2호를 구체화한 이 사건 비밀유지서약 제4조, 제5조에 위반된다고 주장한다. 살피건대, 취업규칙 제53조 제2호는 업무상 비밀 및 기밀을 누설하고, 이로 인한 피해가 발생할 것을 요건으로 하고 있음에 반하여, 이 사건 비밀유지서약 제4조, 제5조는 기밀사항을 열람 및 복사, 전송하거나 허가 없이 외부로 유출 또는 반출하는 것을 요건으로 하는바, 비밀유지서약 제4조, 제5조에 위반하는 행위가 취업규칙 제53조 제2호에 위반된다고 보기도 어렵다.

결국 원고가 영업비밀을 누설하거나 이로 인하여 피고에게 피해가 발생하였음을 알 수 있는 아무런 증거가 없는 이상 원고의 위와 같은 행위가 이 사건 비밀유지서약 제4조, 제5조에 위반되어 취업규칙 제53조 제2호에서 정한 징계사유에 해당한다는 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

이 사건 원고는 2014. 8. 4. 피고 회사에 입사하여 경영기획팀장으로 근무했다. 입사 당시 원고는 ‘4. 회사에서 보안으로 취급되어 관리되는 기밀사항에 대해 본인과 관련된 업무사항이 아닌 타 부서의 업무에 대한 열람 및 복사, 전송 등 일체의 부정한 행위를 하지 않겠습니다, 5. 회사에서 근무 중 작성한 각종 서류 및 PC에 보관된 일체의 자료를 허가 없이 외부로 유출 또는 일시 반출도 하지 않겠습니다.’ 라는 내용이 포함된 비밀유지서약을 하였다.

피고 회사는 직원들이 전산시스템에서 파일을 외부저장장치에 다운로드

하거나 이메일에 첨부하여 외부로 발송할 경우 팀장의 승인을 받도록 하고 있는데, 원고는 2016. 3. 21.경까지 회사의 영업비밀이 포함된 17,303개의 파일을 팀장인 자신이 승인하는 방법으로 외부저장장치(USB 메모리 등)에 다운로드하였고, 이 사실이 적발되어 징계절차에 회부되었다.

원고는 위 행위가 회의 목적이나 인수인계를 위한 것일 뿐이고 외부 유출의 목적이 없다고 소명했으나, 피고 회사는 위 행위가 취업규칙 제53조 제2호 소정의 “업무상 비밀 및 기밀을 누설하여 회사에 피해를 입힌 자”에 해당한다고 보아 2016. 3. 25. 원고를 징계하고 하였다.

이 사건은 징계해고에서 징계사유 존부가 다투진 전형적 사례이다. 일반적으로 법원은, 정리해고를 제외한 나머지 해고를 징계해고와 통상해고로 구분한다. 그리고 징계해고를 징계절차에 따라 징계로서 이루어지는 해고로, 그 밖의 해고를 통상해고로 파악한다. 즉, 징계해고란 취업규칙이나 단체협약 소정의 징계사유 해당 사실을 이유로 하여 취업규칙 등에서 정한 바에 따라 징계처분들과 동일한 결정과정을 거쳐 징계로서 행해지는(행해져야 하는) 해고를 의미한다.

사용자가 징계해고를 한 경우, 그것이 실체적으로 정당한 해고인지를 판단하는 과정은 아래와 같다.

첫째, 사용자가 근로자에게 어떤 사유가 있음을 들어 징계해고를 하고자 할 때에는, 그 사유가 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정한 징계사유에 해당해야 한다. 취업규칙 등에서 규정하지 않은 사유를 징계사유로 삼았다면, 그 징계해고는 무효이다(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다32329 판결).

둘째, 징계해고의 실체적 정당성 여부를 판단하기 위해서는 근로자의 비위행위 존재의 유무 및 그 비위행위가 징계사유 규정에 포섭되는지를 따져야 한다. 징계사유는 보통 단체협약이나 취업규칙에서 규정하므로, 이 단계에서는 단체협약과 취업규칙 등의 해석 작업이 필요하다. 만약 사용자가 여러 가지 징계사유를 주장하는데, 그 일부에 대하여 증명할 증거가 없거나 징계사유 규정에 포섭되지 않는다면, 그것들은 징계사유로 고려되지 않는다. 이때는 나머지 징계사유만을 가지고서 양정 단계로 가게 된다. 모든 비위행위를 증명할 증거가 없거나 징계사유 규정에 포섭되지 않으면, 양정 단계로 나가지 않은 채 그 징계처분은 징계사유가 존재하지 아니하여 무효라고 판단한다.

셋째, 그 사유가 단체협약이나 취업규칙에 정한 징계사유에 해당하더라도, 근로자에게 가장 무거운 징계처분으로서 해고를 하는 것이 구체적인 사정에 비추어 지나치지 않아야 한다. 즉 사용자가 취업규칙 등의 징계에 관한 규정을 구체적으로 적용하여 징계처분 중 가장 무거운 해고처분을 내린 행동이 정당하기 위해서는 그 징계사유에 해당하는 근로자의 비위행위가 “사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유”에 해당해야 한다. 취업규칙 등에서 징계사유를 규정하면서 동일한 사유에 대하여 여러 등급의 징계가 가능한 것으로 규정한 경우에도 마찬가지이다. 이 때 사용자는 그 중 특정 징계처분을 선택할 재량권을 가지고 있지만, 그 재량은 징계권자의 자의적이고 편의적인 것에 맡겨져 있는 것은 아니며, 징계사유와 징계처분과의 사이에 사회통념상 상당하다고 인정되는 균형이 존재해야 한다(대법원 1991. 10. 25. 선고 90다20428 판결, 2002. 5. 28. 선고 2001두10455 판결).

결국 징계해고의 유·무효를 따질 때에는 사용자가 징계해고를 결정한 근거가 된, 그 징계사유 규정을 해석해야 한다. 이 사건에서 피고 회사가 원고의 해고를 결정할 때 근거로 삼은 징계사유 규정은 취업규칙 제53조 제2호의 “업무상 비밀 및 기밀을 누설하여 회사에 피해를 입힌 자”인 바, 그 문언은 그 해석상 영업 비밀을 누설하는 행위 및 그로 인한 피해 발생이라는 두 가지 요소가 결합된 것이다. 그리고 여기서 ‘누설’이라 함은 이 사건 판결이 판시한 바와 같이 그 비밀을 ‘아직 알지 못하는 타인에게 알려주는 일체의 행위’이다.

그 다음 해야 할 일은 비위행위의 존부를 따지고 사용자가 사용한 징계사유 규정에 그 비위행위가 포섭되는지를 판단하는 것이다. 이 사건의 경우 원고가 파일을 USB 등에 옮긴 것은 분명하나, 원고는 회사 업무를 위해 USB에 다운로드 받은 것에 불과하다고 소명하였다. 그런데 피고 회사는 위 행위의 존재 외에 영업 비밀을 누설하였다거나 그로 인해 회사의 피해가 발생한 점, 즉 징계사유 규정에 포섭된다는 것을 증명하지 못했다. 이 점에 비추어 이 사건 판결은 원고의 행위가 징계사유에 해당하지 않고, 따라서 그 해고는 무효라고 판단했다.

한편, 이 사건에서 피고 회사는 비밀유지서약이 취업규칙 제53조 제2호를 구체화하거나 상세화한 것으로 봐야 하고, 원고의 행위는 비밀유지서약을

위반하였으므로 징계사유에 해당한다고 주장했으나, 법원은 받아들이지 않았다. 위에서 설명한 것처럼 영업 비밀의 ‘누설’ 행위가 단순한 ‘기밀사항의 열람·복사 등’의 행위와는 다르다는 점에서 비밀유지서약을 취업규칙상 징계사유를 구체화한 것이라고 보기 어렵기 때문이다.

마지막으로, 그렇다면 원고가 비밀유지서약을 위반한 점이 다른 징계사유 규정, 예컨대 이 사건에서 피고 회사 취업규칙 제53조 제5호의 “회사의 규율과 상사의 정당한 지시를 어겨 질서를 문란하게 한 자” 또는 제8호의 “회사가 정한 복무규정을 위반한 자”, 더 나아가 제10호의 “기타 이에 준하는 행위로 직장질서를 문란하게 한 자” 등과 같이 좀 더 일반적인 내용을 규정한 징계사유에 해당함에도, 법원이 그 점을 심리하지 않았다는 의구심을 가질 수 있다.

그러나 근로자의 비리행위가 징계사유 규정에 포섭되는지는 원칙적으로, 회사가 징계해고를 결정할 당시 적용한 특정 징계사유 규정을 기준으로 판단해야 한다. 징계해고의 실제적 정당성을 따지는 작업은 당해 해고의 결정 과정에서 회사가 징계 관련 규정에 따라 적정하게 판단했는지를 살펴보는 작업이기 때문이다. 징계해고가 사용자의 징계재량권 행사의 결과라는 점을 고려할 때, 사후적으로 법원이 적절한 징계사유 규정을 찾아 근로자의 비리행위를 포섭시키고 징계 양정의 당부를 따지는 것은 옳지 않다. 예컨대 징계사유별로 징계 양정을 달리하는 규정을 두고 있는 경우(이른테면 횡령·배임에 대해서는 중징계, 단순한 업무상 과오에 대해서는 경징계를 한다고 규정한 경우), 사용자가 적용하지 않은 징계사유 규정을 들어 사후적으로 법원이 징계해고의 당부를 판단한다면, 결과적으로 법원이 사용자의 징계재량권을 대신 행사하는 모습이 되고 만다.

» 도재형(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

사업부 분할 매각 금지 약정의 효력

- 대구지방법원 서부지원 2017. 4. 12. 자 2017카합5024 결정 -

【결정요지】

(1) 이 사건 합의서는 사용자인 A회사의 대주주인 C 및 N과 노동조합 사이에 근로자의 고용보장과 사업부 분할매각금지 등 경영권 및 주주권의 행사에 관한 사항에 관하여 체결된 것으로, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 않는 이상 당사자 사이에 효력이 있다고 할 것이다. 마찬가지로 노동조합과 A회사 사이에 체결된 단체협약도 이와 유사한 내용으로 당사자 사이에 효력이 있다.

(2) 이 사건 합의서 작성 당시 보다 경영위기가 크게 악화되었다고 볼 수 없는 점, 이 사건 단체협약은 A회사가 경영위기라고 주장하는 2016년 말과 2017년 초경 갱신체결된 것으로 현재 사정변경이 있다고 인정하기 어려운 점, 당사자들 사이에 경영 위기를 타계할 다른 대안에 관한 합의를 충분히 이끌어 낼 여지도 있다고 보이는 점 등을 종합하면 현저한 사정변경이 있다는 점과 이 사건 합의서 및 단체협약의 구속력을 인정한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과가 초래되리라는 점 등이 충분히 소명되었다고 단정할 수 없다.

(3) 향후 A회사가 처한 국내외 실적 및 경영여건 등에 관하여 급박한 변화나 위험 등이 있을 경우에는 그와 같은 변화나 위험 등을 반영하여 현저한 사정변경의 유무를 다시 판단할 필요가 있으므로, 이 사건 가처분의 효력기한을 2017. 8. 31.까지로 제한한다.

이 사건의 개요는 다음과 같다. C와 N은 A회사 지분을 각각 50%, 42.3% 보유하고 있는 대주주인데, A회사의 노동조합(산별노조 및 그 지회)은 ① C, N과 2011년경 고용보장 및 합의 없는 인위적 구조조정과 사업부 분할매각 금지를 내용으로 하는 합의서를 체결하였고, ② A회사와 2016년말과 2017년 초경 분할, 합병, 사업부 공장별 전부 또는 일부를 양도하고자 할 때 90일 전 조합에 통보한 뒤 합의한다는 취지의 약정이 포함된 단체협약을 체결하였다.

그런데, A회사, C, N은 A회사의 공조사업 부문을 분할하여 중국계 회사에 50%의 지분을 매각하는 내용의 합작사업을 추진하기 위해 2017. 3. 10. A회사 임시주주총회를 개최하여 C, N 등의 주주들의 그러한 분할계획을 승인하였다. 노동조합은 아무런 합의 없이 이러한 절차가 진행되자 위 합의서 및 단체협약을 근거로 분할절차 정지 및 지분매각 금지를 구하는 가처분신청을 하였고, 재판부는 위와 같은 취지의 인용 결정을 하였다.

기업은 영리를 추구하기 위하여 다양한 활동을 하고 있는데 이는 대부분 ‘계약’이라는 법적 수단을 매개로 이루어지고 있으며, 기업은 계약자유 원칙에 의해 자유로이 계약의 내용을 형성할 수 있다(민법 제105조 참조). 특히, 기업 경영 실무에서는 투자계약, 라이선스계약 등을 체결하는 경우 당사자들의 필요에 의해 상당히 다양하고 포괄적인 형태의 양도금지조항이 이용되고 있다. 예를 들면, (i) 해당 계약과 관련이 있는 영업 부문의 양도를 금지하거나, 중요자산의 양도를 금지하는 것과 같이 당사자 간 합의에 의하여 특정 대상의 양도만을 금지하는 경우도 있고, (ii) 합병이나 분할 등의 포괄적 양도를 계약 위반으로 간주하는 경우도 있으며, (iii) 나아가 Change of Control 조항의 형태로써 지배주주가 변동(경우에 따라서는 일정 지분의 처분이나 보유비율의 변동)되는 것을 양도의 한 형태로 보아 금지하는 경우 등 다양한 형태의 양도금지조항이 존재한다(이하, 이러한 종류의 약정을 총칭하여 ‘양도금지약정’이라 한다). 투자계약, 라이선스계약을 체결하면서 이러한 약정을 포함시키는 이유는 당사자들이 계약체결 당시의 지배주주의 구성이나 영업 현황 등의 변동과 같이 양도금지약정에서 금지하고 있는 상황이 발생(trigger)하지 않도록 하는 것이 당해계약의 목적 달성에 필요불가결하기 때문이다. 예를 들면 투자계약의 경우 어느 투자자가 피투자기업이 유망한 어느 기업집단에 속해 있다는 점을 근거로, 혹은 피투자기업의 특정 사업부문이 장차 유망할 것이라는 판단하에 투자를 하는 경우가 있는데, 그러한 경우 그 투자자는 피투자기업이 해당 기업집단에 계속 속해 있을 것(즉, 대주주가 변동되지 않을 것) 내지 그 사업부문을 피투자기업이 계속 영위할 것(그 사업부문의 영업 양도 내지 분할 금지)을 해당 투자계약 유지의 전제로 삼고자 할 것이고, 이는 양도금지약정이라는 형태로 해당 투자계약에 반영될 것이다. 라이선스계약의 경우, 지식재산권은 그에 대한 독점적 사용이 핵심이므로 지식재산권자가 이를 제3자에게 사용권을 부여할 때 양도금지약정을 체결하는 것은 필수

적이라 할 수 있다. 그런 약정이 없다면 지식재산권자의 경쟁업체가 지적재산권 사용을 허여받은 기업의 지분을 취득해 그 대주주가 되거나, 해당 사업 부문의 양수인이 되는 것을 지식재산권자가 막을 수 없기 때문이다.

근로자도 고용관계의 안정성을 추구한다는 점에서 양도금지약정 체결의 유인이 있다. 기업의 대주주가 변경되거나, 자신이 속한 영업부문과 관련하여 영업양도 또는 회사분할과 같은 구조조정이 이루어지는 경우 그것이 인적 구조조정으로 이어지는 경우가 종종 있기 때문이다. 외국의 경우 실제로 근로자 개인과도 양도금지약정이 체결되기도 한다.

즉, 양도금지약정의 내용은 개별 계약의 목적이나 성질에 따라 천차만별일 수 있지만, 그 본질은 지배주주나 영업부문의 ‘현상 유지’를 의도한다는 점에서 투자자, 지식재산권자, 근로자들의 관심사는 일응 동일하다고 볼 수 있다.

양도금지약정도 계약자유의 원칙에 따라 일응 유효한데, 흥미로운 것은 투자자 내지 지식재산권자가 기업과 체결한 양도금지약정에 대하여는 그 유효성이 다투어지는 사례를 찾아보기가 어려운 데 반해, 근로자를 대표하는 노동조합이 체결한 양도금지약정에 대해서는 그러한 예가 종종 발견된다는 점이다. 우리의 경우 근로관계와 관련하여 위에서 열거한 수준(지배주주 변경 내지 영업 양도 금지 등)의 양도금지약정이 체결되는 경우는 흔치 않으며, 다만, 외환위기 경험으로 인해 구조조정에도 불구하고 고용을 보장하거나, 구조조정 특히 경영상 해고에 대하여 노동조합의 동의를 받도록 하는 정도의 고용안정협약이 주류를 이루고 있다. 고용안정협약의 내용을 고려한다면 이는 투자자 내지 지식재산권자가 체결하는 양도금지약정과 비교하였을 때 지분 내지 영업의 양도 자체를 금지하지는 않는다는 점에서 기업에 대한 제약의 정도가 약하다고 평가할 수 있을 것이다. 그럼에도 그 유효성을 문제 삼는 경우가 많다는 점은 다소 의아한 대목이다. 이 사건 합의서와 단체협약의 관련 조항은 사업부 분할매각에 대한 동의를 요한다는 점에서는 통상의 고용안정협약보다는 좀 더 강화된 내용의 양도금지약정이라 볼 수 있는데, 이 사건에서도 사용자 측은 역시 그 유효성을 다투었다.

양도금지약정을 둘러싼 노동조합과의 분쟁은 사용자의 ‘경영권’과 관련하여 논의되고 있다. ‘경영권’의 관념은 종래 단체교섭 대상의 범위를 확정하기 위한 개념적 도구로 사용되었다. 즉, 1997년 외환위기 무렵 이루어진 기

업구조조정에 대한 노동조합의 쟁의행위가 적법한지 여부가 문제된 사건에서 대법원이 경영권에 속하는 사항은 단체교섭의 대상이 아니므로 쟁의행위가 위법하다는 결론을 내린 바 있다. 이 밖에도 ‘경영권’ 개념은 사용자 측에 의해 노사가 체결한 고용안정협약(즉, 약한 수준의 양도금지약정)의 유효성을 제한하기 위한 이론적 논거로 사용되기도 하였다. 이에 대하여 대법원은 경영상 이유에 의한 해고에 대하여 노동조합의 ‘합의’가 필요하다는 문구를 ‘협약’로 축소해석하는 등 사용자 측의 손을 들어준 예도 과거에 있었지만, 비교적 최근인 2014년 포레시아 사건에서는 정리해고에 대한 사전동의를 규정한 조항은 유효하나 다만, 사정변경에 의해 그 효력이 제한될 수 있다는 취지의 판단을 한 바 있다.

이 사건에서 사용자 측은 (1) 먼저, 노동조합과의 합의 내지 단체협약이 경영권을 침해하여 무효라고 주장하면서, (2) 유효라 하더라도 사정변경에 의해 효력을 인정할 수 없다는 주장을 펼쳤다. 그러나 재판부는 판결요지(1), (2)와 같이 사용자 측의 주장을 모두 배척하였고, 다만 판결요지(3)과 같이 가처분의 효력기한을 제한하였다.

생각건대, 기업이 경영권을 행사하여, 즉 진지한 경영판단의 결과로 양도금지약정이 체결된다는 점을 고려한다면, 이 약정이 경영권의 본질을 침해하여 무효라고 주장하는 것은 앞뒤가 맞지 않는 모순된 주장이다. 이러한 주장은 마치 건물소유자가 자신이 소유한 건물을 임대한 다음, 건물에 대한 소유자로서의 사용수익권이 침해되므로 임대차계약은 무효라고 주장하는 것과 다를 바 없는 것이다. 이처럼 자명한 논리에도 불구하고 노동조합과 체결한 양도금지약정에 대하여, 투자자나 지식재산권 자와의 약정과는 달리 ‘경영권’ 침해 주장이 지속적으로 제기되는 이유는 무엇일까? 그 이유는 투자자나 지식재산권자와는 대등한 계약관계임을 인정하면서도, 근로관계를 여전히 전근대적인 종속적 신분(status) 관계에서 바라보는 시선이 그러한 주장자의 의식 내면에 존재하기 때문은 아닐까. 즉, 근로자가 ‘감히’ 사용자의 판단에 대한 판지결기를 하여서는 안 된다는 인식이 그러한 주장의 이면에 도사리고 있는 것이다. 외환위기라는 극단적 상황을 전제한 사건에 대한 것이기는 하나 “기업이 쇠퇴하고 투자가 줄어들면 근로의 기회가 감소되고 실업이 증가하게 되는 반면, 기업이 잘 되고 새로운 투자가 일어나면 근로자의 지위도 향상되고 새로운 고용도 창출되어 결과적으로 기업과 근로자가 다 함께 승

자가 될 수 있다”라며 근로자 지위의 기업에 대한 종속성을 강조한 사법부의 태도 역시 이러한 인식과 무관하다고 보기는 어렵다.

한편, 사정변경 주장의 경우, 고용안정협약이나 양도금지조항은 부정적 사정변경에 대비하는 데 그 목적이 있으므로, 그 목적에 부합하는 상황인 부정적 사정변경이 발생한 경우에 그 합의된 내용대로의 효력이 인정되어야만 의미가 있다. 따라서 양도금지조항을 사정변경을 이유로 효력을 제한하기 위해서는 통상의 사정변경 법리보다 더욱 엄격한 기준에 의하여 심리하여야 한다. 이러한 점에서 사용자 측의 사정변경 주장을 배척한 재판부의 판단은 일응 타당하다고 볼 수 있다. 다만, 재판부는 여기에 “향후 현저한 사정변경 유무를 다시 판단할 필요가 있다”고 하면서 가처분결정의 효력기한을 정하는 이례적인 결정을 하였는데, 이는 사족이 아닐 수 없다. 만약 사정변경이 인정될 만한 사실관계가 사후적으로 발생한다면 사용자가 이 가처분결정에 불복하는 형식으로 이의를 제기하면 충분하며, 그것이 권리 행사를 저지하는 효과를 지닌 사정변경에 관한 주장입증책임에도 부합한다. 그런데 재판부의 이와 같은 가처분 효력기한 제한으로 인해 위 기한이 만료될 무렵까지 아무런 합의가 노사간에 이루어지지 않는다면 사용자가 아닌 노동조합이 가처분을 다시 신청해야 한다는 문제가 발생한다. 이러한 효력기한 설정은 빠른 시일 내에 노사가 합의하여 문제를 해결하라는 취지로 선택할 수 있지만, 관점을 바꾸면 사용자의 사정변경에 대한 주장을 재판부가 일응 받아들였다고 볼 수도 있다. 즉, 부정적 사정변경에 대비하기 위한 양도금지조항의 취지가 현존하지도 않는, 잠재적 사정변경 가능성에 밀려난 형국이 되는 것이다. 이로 인해 다시금, 근로관계가 과연 대등한 당사자 사이의 계약관계인가에 대한 의문을 가지게 된다. 투자자나 지식재산권자가 이 사건과 같은 취지의 가처분 신청을 하였다면, 그들이 체결한 약정에 대하여도 동일한 결론이 내려졌을까.

노동조합과 체결한 약정도 단체협약이기 이전에 하나의 계약이므로(이 사건에서 C, N과의 합의서는 단체협약은 아니다) 존중되어야 한다. 그런데 그 효력을 부인하려는 사용자의 논리와 법원의 판단을 들여다보면서 *pacta sunt servanda*(계약은 지켜져야 한다)라는 법언이 떠오른 이유는 무엇일까. ‘신분에서 계약으로’ 진보하였다는 이 시대에 말이다.

대형마트 계산원의 불법파견과 직접고용 의무

- 의정부지방법원 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결 -

【판결요지】

대형마트 계산원인 원고들이 용역업체에 고용된 후 대형마트(피고)에 파견되어 피고의 직접 지휘·명령을 받아 피고를 위한 근로에 종사하는 근로자 파견관계에 있으며, 파견사업주의 변동이 있었다라든가 구 파견법 및 개정 파견법에 따른 피고의 직접고용의무가 인정되므로 피고가 원고들을 직접 고용했을 시에 받았을 임금 상당액을 지급하여야 한다.

백화점이나 대형마트 등 대형 유통업의 ‘다단계 고용관계’는 근로조건 약화의 원인으로 지적되고 있다. 대형 유통업의 고용실태를 살펴보면, ‘직영사원(원청의 정규직과 비정규직 근로자)’과 ‘비직영사원(사내하도급, 입점협력업체, 전문판매직원(개인))’으로 구분할 수 있는데, 한 조사에 따르면 정규직보다 비정규직과 비직영사원의 비율이 백화점 85%, 대형할인점 50~75%에 다다르고 있다고 한다.¹⁾ 대형 유통업계에서 나타나는 ‘다단계 간접고용’은 3자 관계를 넘어 4자 관계(유통업체 - 납품업체 - 파견사업주 - 판촉사원)가 성립한다. 이러한 상황에서 대상판결은 대형마트인 세이브존의 계산원으로 근무하던 2차 용역업체 직원들이 원청업체에 대하여 불법파견에 대한 구제를 신청한 사건이다. 이 사건의 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

원고들은 2차 용역업체에 고용된 후 1차 용역업체를 통해 대형마트인 세이브존에 파견되어 2008년 입사 이후부터 2015년 퇴사일 무렵까지 지상 및 지하 계산원 등으로 근무하였다. 그런데 2014년 9월 30일, 2차 용역업체가 폐업하면서 원고들은 2015년 12월 이전에 모두 퇴사하였다. 이에 원고들은 1차 및 2차 용역업체가 세이브존의 관계사로서 실체가 없는 일종의 페이퍼컴퍼니에 불과함에 따라 세이브존과 원고의 관계는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, ‘파견법’) 제2조 제1호의 ‘근로자파견계약’에 해당하며 세

1) 김중진(2016), 『유통업 서비스·판매 종사자의 건강권 실태조사』 결과발표 및 정책제언 토론회, 국가권익위원회, p.61.



이브존의 직접고용의무를 주장하였다. 이에 대하여 세이브존은 원고들이 2차 용역업체의 지휘·감독을 받아 근무하였으므로 세이브존과 원고의 관계는 도급계약으로써 근로자파견계약관계가 아니며 직접고용의무도 발생하지 않는다고 주장하였다.²⁾

법원은 불법파견 판단기준을 제시한 대법원 판결(현대자동차 사내하청근로자 사건³⁾)에 따라 근로자 파견관계 인정과 직접고용의무를 판단하였다.

우선 법원은 근로의 태양을 종합적으로 판단할 때 해당 관계가 근로자파견관계라고 인정하였다. 이 사건 용역계약에서 ① 1차 용역업체의 역할이 미미하고 2차 용역업체는 스스로 업무수행의 판단이나 독자적인 이윤창출의 여지가 없던 점, ② 2008년부터 설립 및 해산된 2차 용역업체의 전신 회사들 모두 피고만을 상대로 사업을 영위하고 대부분 고용 승계를 했던 점, ③ 피고 매장의 특성상 표준화된 영업규칙에 대한 교육진행을 피고가 주도했던 점, ④ 업무내용·사건근무편성표의 수정 및 결정과 작업배치권·변경결정권이 모두 피고에게 있던 점, ⑤ 피고 매장 내 갑작스러운 사정변경(예상치

-
- 2) 본안에 대한 항변에 앞서 피고는 원고들이 자진하여 2차 용역업체에서 퇴사하였기 때문에 소의 이익이 없다는 본안항변을 하였는데, 이에 대하여 법원은 원고들이 입사일부터 2년이 경과하거나 개정된 파견법 시행일인 2012년 8월 2일 당시 이 사건 용역계약에 따라 피고에게 근로를 제공하였고, 원고들의 근로제공 중단사유는 모두 2차 용역업체의 후속업체와 사이에 생긴 것에 불과하여 이러한 사정이 원고와 피고 사이의 직접고용의무에 영향을 미치지 아니한다고 하였다. 또한 원고들이 2차 용역업체의 근로관계 외에 피고와의 근로(고용)관계까지 포기한다는 의사를 명확히 밝혔다고 볼만한 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때 피고들의 본안항변은 이유 없다고 하였다.
- 3) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결. 이 사건에서 법원은 “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”고 제시한 바 있다(이에 대한 평석으로는, 강선희(2016), 『H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하청근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다』, 『노동판례리뷰 2015』, 한국노동연구원, pp.252~257 참조).

못한 손님의 일시적 증가 및 상담실 직원의 인원 감축 등이 있는 경우 원고들이 투입된 점, ⑥ 피고들이 지정한 유니폼을 착용한 점, ⑦ 원고들이 수행한 업무가 단순·반복적인 것으로 상시적 근로가 제공된 점, ⑧ 원고들의 출입증에 피고 매장에 대한 정보가 기재되어 있어 외형적으로 피고 소속 근로자와 구별이 어려웠던 점, ⑨ 임로도급방식을 사용한 점 등을 종합적으로 판단하여, 원고들은 2차 용역업체에 입사한 이후 피고 매장에 파견되어 피고들로부터 직접 지휘·명령을 받아 피고들을 위한 근로에 종사하는 근로자파견 관계가 인정하였다.

다음으로 피고들의 직접고용의무 발생에 대하여는 구 파견법⁴⁾ 및 개정 파견법⁵⁾상의 위법한 근로자파견사업 및 근로자파견대상업무에 따른 직접고용의무가 인정되며, “사용사업주가 파견기간 제한을 위반하여 파견근로자에게 업무를 계속 수행하도록 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다”는 기존 법리에 따라,⁶⁾ 대상판결에서도 파견사업주의 변경을 이유로 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수 없다고 판단하였다. 직접고용의무 발생일에 대하여는 각각 구 파견법에 따른 경우 입사일로부터 2년이 경과한 날 또는 개정 파견법이 시행된 날로 판단하였다. 또한 원고들의 근로제공 중단사유는 모두 2차 용역업체의 후속업체와 사이에 생긴 것에 불과하여 원고와 피고 사이의 직접고용의무에 영향을 미치지 않는다고 하였다.⁷⁾

4) 구 파견법(시행일 2007. 7. 1.) 제6조의 2(고용의무) 제1항 제4호 “사용사업주가 고용노동부장관 허가 없이 근로자파견사업을 행하는 자한테서 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.”

5) 개정 파견법(시행일 2012. 8. 2.) 제6조의 2(고용의무) 제1항 제5호 “사용사업주가 고용노동부장관의 허가를 받지 않은 채 근로자파견사업을 행하는 자한테서 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다”고 규정하고 있으며, 개정 파견법 제6조의 2 제1항 제1호는 “사용사업주가 근로자파견대상에 해당하지 아니하는 업무와 관련하여 파견근로자를 사용하는 경우 파견근로자를 직접 고용하여야 한다”고 규정하고 있다.

6) 오세웅(2017), 「사용사업주의 파견근로자 직접고용간주(의무) 규정 적용에 있어 파견사업주의 변동이 미치는 영향」, 『노동판례리뷰 2016』, 한국노동연구원, pp.256~259 참조.

7) 그 밖에 손해배상청구에 대하여 법원은 세이브존의 직접고용의무가 발생한 날부터 고용의무 불이행으로 인한 임금 상당액의 손해배상금을 지급하되, 공평의 관념상 원고들이 각 고용의무 발생일 이후 피고 매장에서 지급받은 임금 상당의 기지급액을 공제한

대상판결은 직접 및 간접 생산공정의 인력활용방식에 대한 불법과건이 인정되어 오던 기존 근로자파건의 판단 기준을 고객을 대면하는 판매업 및 서비스직종에 적용하여 불법과건을 인정하였다. 불법과건 관계에 관한 법적 판단이 기존의 제조업 중심으로 이루어져 왔으므로, 법원에서 제시하고 있는 판단 기준이 다른 업종이나 산업 부문에 다르게 해석될 수 있다는 우려들이 제시된 바 있는데,⁸⁾ 대상판결을 통해 불법과건에 대한 법적 판단의 예측 가능성이 불안정할 수 있다는 우려를 조금이나마 불식시켰다는 점에서 긍정적인 평가를 할 수 있다.

서두에 언급한 바와 같이 대형 유통업체는 입점협력업체 종사자를 파견과 유사한 형태로 고용하는 경우가 많으며, 사업체 규모가 클수록 이러한 형태에 대한 수요가 크게 나타나고 있다. 유통산업의 하도급업체들이 대부분 경영상 독립성(자체 기술, 기자재 등)이 부족하고, 원청업체의 내부 시설이나 기자재 대부분을 사용하고 있으며, 입점협력업체 근로자에 대한 실질적인 지휘감독을 행사하고 있기 때문에 불법과건의 가능성이 높은 것이 사실이다.⁹⁾ 이러한 문제를 개선하기 위하여 입법 행정상의 다양한 조치들이 시행된 바 있지만,¹⁰⁾ 사법적 판단이 이루어진 것은 ‘하청업체 소속 점장이 도급점포 직영화 전환 이후 근로계약이 만료된 사건’¹¹⁾ 이후 두 번째인 듯하

나머지 약 1억 9,000만 원을 지급할 것을 판단하였다.

- 8) 김기선(2016), 「근로자파건의 판단」, 『노동판례리뷰 2015』, 한국노동연구원, p.251.
- 9) 김종진(2013), 「신세계 이마트 불법과건 1만명, 정규직 전환 쟁점과 과제」, 『이슈페이퍼』 2013-2, 한국노동사회연구소 참조
- 10) 고용노동부는 2011년(2016년 개정) 사내하도급 가이드라인(「기간제 및 사내하도급 근로자 보호 가이드라인(제·개정)」)을 제시한 바 있으며, 2013년 2월 특별감독을 통하여 이마트의 불법과건을 적발한 바 있다. 공정거래법제에서도 특별법인 「대규모 유통업에서의 거래공정화에 관한 법률」을 통하여 불법과건에 해당하는 ‘납품업자 등의 종업원 사용 금지 등(제12조)을 불공정거래행위로 규제하고 있으며, 최근 이를 감독하기 위한 대책(2017년 8월 「유통분야 불공정거래 근절 대책」)을 발표한 바 있다.
- 11) 서울중앙지방법원 2014. 11. 21. 선고 2013가합558637 판결. 이 사건의 원고들은 하청업체 소속으로 이마트 에브리데이리테일의 점장으로 근로를 제공하던 자들이다. 원고들은 피고 점포의 직영화 전환 계획에 따라 원고들의 근로계약이 만료되면서, 주위적·목적적 근로관계를 주장하였으나, 법원은 이를 받아들이지 않았다. 다만 예비적 청구인 불법과건관계의 인정에 대하여는 원고들이 하청업체에 고용된 후 도급점포라고 부르는 피고의 영업점에 파견되어 피고로부터 직접 지휘 명령을 받은 근로자파견관계에 있다고 하였다. 또한 원고들이 수급업체에 최초로 입사한 날로부터 2년을 초과하여 계속근로한 사실을 인정하여 피고에 대하여 직접고용의무가 있으며 고용의무불이행으로 인한 손해배상의무가 발생한다고 판단하였다. 이후 항소심에서는 조정이 성립되어

다.12) 이 사건에서 혼재 작업 없이 용역업체 근로자들만 근무하는 대형마트 계산원 직종에 대하여 불법파견을 인정한 것을 계기로, 향후 대형 유통업, 더 나아가 산업 업종별 현황을 반영한 불법파견 판단이 이루어질 필요가 있다.13)

» 김근주(한국노동연구원 부연구위원)

2015년 10월 29일자로 사건은 종결되었다.

- 12) 경향신문, 「법원 “대형마트 계산원 불법파견” 첫 인정. 유통업체 매장 내 ‘간접고용’ 제도 동결됐다」, 2017. 7. 27.자 기사 참조.
- 13) 최근 고용노동부는 파riba게뜨 본사(이하, ‘파riba게뜨’), 협력업체, 가맹점 등 전국 68개소에 대한 특별근로감독 결과, ‘파riba게뜨’가 제빵기사 등에 대해 사실상 직접 지휘·명령을 하여, 파견법상 사용자주로서의 역할을 한 것으로 확인했다. 이에 따라 파riba게뜨에 대해 제빵기사 등 5,378명을 직접 고용하도록 시정지시하고, 미이행 시 사법처리 및 과태료를 부과할 계획을 밝혔다(고용노동부, 「파riba게뜨 근로감독 결과 발표」, 2017. 9. 21.).

근로관계의 종료

채용조건인 논문의 표절과 해고의 정당성

- 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다5170 판결 -

【판결요지】

(1) 해당 분야의 일반지식이 아닌 타인의 저작물 또는 독창적 아이디어를 적절한 출처표시 없이 자기 것처럼 부당하게 사용하는 행위는 연구부정행위로서 전형적인 표절에 해당한다. 저자의 저술에 적절한 인용표기 없이 타인의 저술이 인용된 부분이 있는 경우이더라도 언제나 타인의 저술을 베껴 저자 자신의 것처럼 하려는 인식 내지 의사가 있었다고는 볼 수 없지만, 저자가 저술의 본문에 출처표시 없이 타인의 저술을 인용하여 저자의 저술과 타인의 저술을 구별하기 어려운 부분이 상당한 정도에 이르는 경우에는 설령 서문이나 참고문헌 등 본문 이외의 부분에 포괄적·개괄적으로 피인용물을 표시하였다더라도 특별한 사정이 없는 한 타인의 저술을 베껴 저자 자신의 것처럼 하려는 인식과 의사가 추단된다고 보아야 하고, 종전의 관행에 따랐다는 사정만으로 그 책임을 면할 수 없다.

(2) 저자가 자신의 선행 저술을 이용하여 새로운 저술을 하면서 선행 저술의 존재를 출처로 표시할 때는 타인의 저술을 인용하는 경우에 비하여 요구되는 출처표시의 수준이 완화된다고 볼 수 있겠으나, (i) 자신의 선행 저술의 존재를 아예 밝히지 아니하는 경우, (ii) 선행 저술의 존재를 일정한 출처표시를 통하여 밝혔더라도 후행 저술에 새롭게 가미된 부분이 독창성이 없거나 새로운 것으로 인정받기 어려워 해당 학문 분야에의 기여도가 없는 경우는 모두 이른바 ‘자기표절’로서 비전형적 표절 내지 표절에 준하는 연구부정행위로 평가할 수 있다.

(3) 근로자의 채용조건으로 일정 수준 이상의 학위 소지자일 것을 요구하여 근로자가 이와 관련하여 학위 논문을 제출한 경우 그 학위 논문에 표절 등 연구부정행위의 하자가 있음을 이유로 해고하는 때에도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다. 이때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 (i) 학위 논문 전체를 기준으로 한 연구부정행위의 정도, (ii) 사용자가 사전에 학위논문의 그와 같은 하자를 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일조건으로는 계약을 체결하지 아니하였으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, (iii) 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, (iv) 학위 논문의 하자로 인하여 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지, (v) 학위 논문의 하자가 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호 간 신뢰관계의 유지나 안정적인 기업 경영과 질서유지에 미치는 영향, (vi) 그 밖에 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

언론지상을 통해 논문 등 학술저작물의 표절, 중복게재와 관련된 의혹을 심심찮게 접할 수 있는 시대이다. 의혹이 제기된 학술저작물에 대한 표절여부에 대한 판단은 일차적으로 해당 학문 분야에서 이루어지게 되지만, 표절된 논문을 기초로 하여 새로운 법률관계가 형성되고 해당 법률관계에 관한 다툼이 발생한 경우 중국적으로는 법원이 표절여부에 대한 판단을 할 수밖에 없는데, 이 경우 법원이 무엇을 기준으로 표절여부를 판단하여야 하는지 문제된다.

위 판결요지는 박사학위논문을 제출하여 연구원에 임용된 자를 학위논문 표절을 이유로 해고한 사건에 대한 대법원의 판단으로, 사건의 경위는 다음과 같다.

정부출연 연구기관의 부설기관인 피고가 2010. 2. 1. 건축, 도시설계, 주거환경계획 분야의 박사학위 소지자를 부연구위원으로 채용한다는 내용의 채용공고를 하면서 제출서류로 박사학위 논문(이하 ‘이 사건 논문’)을 명시하였다. 이에 원고는 2009. 6.경 A대학교 박사학위 논문을 제출하여 2010. 3. 8. 피고에 임용되었다. 임용계약서는 ‘임용계약 후 임용계약 당시 피임용자가 제출한 제반 서류에 하자가 발견되거나 내용이 변경된 때’를 임용계약의 해지사유로 규정하고 있었다. 원고는 ① 이 사건 논문 앞부분의 ‘연구의 방법’

부분과 뒷부분의 ‘참고문헌’ 부분에 자신이 인용한 B)의 저서 및 일본 저자들의 저서와 논문을 기재하기는 하였으나, 본문에서는 이들을 출처표시 없이 인용하였고, ② 이 사건 논문 본문에는 자신의 석사학위 논문을 170여 곳에서 인용하였으나 이 사건 논문 어디에도 이 석사학위 논문의 존재를 표시하지 않았다. 한편, 원고는 이후 표절 의혹을 은폐하기 위하여 논문을 교체하는 과정에서 종전의 인준지를 다시 사용하였다. 이에 피고는 이러한 사정을 들어 2013. 4.경 원고에게 임용계약 해지를 통보하였다.

임용계약의 해지통보는 근로계약의 해고에 해당하는데, 해고 시에는 근로기준법 제23조 제1항에 따라 정당성이 있어야 한다. 이 사건에서 문제된 해고사유는 ‘임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때’이다.2) 대법원은 이 사건에서 표절과 관련하여 타인의 저작물 내지 독창적 아이디어를 인용하는 경우와 자신의 선행연구를 인용하는 경우를 구분하고 위 판결요지 (1), (2)와 같이 연구부정행위라 평가할 수 있는 표절여부의 판단기준을 각각 제시한 다음, 피고의 논문에 연구부정행위가 있었다(즉, 위 ①의 행위는 판결요지 (1)에, 위 ②의 행위는 판결요지 (2)에 해당함)는 점을 지적하며 위 해고사유가 존재함을 인정하였다.

이 사건에서 해고사유로 인정된 ‘임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때’란 임용계약 기간 중의 행위가 아니라 임용계약 체결 전의 사유를 해고사유로 삼는다는 점에서 그 유효성에 대한 논란이 있다. 판례는 채용 시 제출서류인 이력서를 허위기재하여 해고한 사안들에서 “기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근무능력 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업질서 유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정할 필요가 있으므로” 원칙적으로 그러한 해고사유는 유효

1) B는 이 사건 논문의 지도교수이자, 원고 임용 당시 피고의 소장이었다.

2) 이 밖에 원고의 논문 교체행위와 관련하여 ‘임용계약 당시 제출한 서류의 내용이 변경된 때’에 해당하는지 여부도 문제되었는데, 대법원은 종전의 인준지를 그대로 사용한 교체 행위는 연구윤리상 허용되지 아니하는 행위로서 교체된 논문이 물리적으로 존재하고 있을 뿐이며, 표절 여부가 문제되는 것은 교체 전 논문이라는 점에서 논문 교체행위로 인하여 이 사건 논문의 내용이 변경되었다고 볼 수 없으므로, 이 해고사유에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

하다는 입장을 유지하고 있다(예컨대, 대법원 1999. 03. 26. 선고 98두4672 판결 등). 이에 대해서는 이력서의 허위기재만으로는 부족하고 그로 인하여 구체적인 기업질서위반이 초래되는 경우에 한하여 정당한 해고사유가 된다고 하여야 한다는 비판이 제기되었는데,³⁾ 당시의 판결들에서는 근로계약이 전 인격적 관계라는 점을 전제하는 경향이 있어 채용당시의 신뢰 위반을 대단히 중요시 여겼고 그 결과 근로계약 체결이후의 근태 사정은 대체로 무시되는 경향이 있었다. 그러나 이 사건에 한정해서 본다면, 이 사건에서는 채용대상자의 연구능력이나 자질이 채용결정의 중요한 판단기준이 되며, 전인격적 관계와도 무관하다는 점에서 이러한 해고사유의 유효성을 인정할 필요가 있다고 생각한다.

근자에 대법원은 그러한 해고사유가 유효하다는 점에서는 종래와 차이가 없지만, 해고의 정당성을 판단함에 있어서 위 판결요지 (3) 중 (iii)~(vi)와 같이 근로계약 체결 이후의 사정도 고려하여야 한다는 점을 명시하여, 근로계약 체결시 제출한 서류에 허위 등 하자가 있다는 사유만으로 해고가 당연히 정당한 것은 아니라는 취지의 판결을 한바 있어 과거의 판단 경향에 변화를 가져왔다(대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결 참조). 이 사건 역시 이 판결을 참조판결로 제시하고 이러한 입장을 따르고 있다. 대법원은 판결문에서 학위논문의 표절이 밝혀졌다는 사정뿐 아니라, 재임 중 연구보고서 발간이 지체되는 등 피고의 업무에 차질을 빚기도 한 점, 원고의 이 사건 논문 표절은 국무총리실 특별감사의 대상이 되어 국책연구기관으로서의 피고의 위상 및 신뢰도에 악영향을 미친 점, 이 사건 논문에 대한 표절의혹이 제기되자 원고는 이 사건 논문과 교체하면서 중전의 인준지를 그대로 사용하는 등 연구윤리상 허용되지 아니하는 행위까지 나아간 점 등을 해고의 정당성을 인정하는 이유로 제시하였다.

그런데 이 사건에서 학위논문은 임용의 핵심적인 전제가 된다는 점에서, 학위논문을 표절한 사안에 대해서까지도 임용 후의 사정을 굳이 참작할 필요가 있는지 의문을 제기해 볼 수 있다. 왜냐하면 근로자가 해당 직무 수행에 적절하다는 점을 입증하는 중요자료와 관련하여 사용자를 기망하거나 그

3) 김선수(1998), 「노사갈등의 현황과 쟁점」, 『노동법학』 제7호, 한국노동법학회, p.39; 이러한 취지로는 김기선(2012), 「학력 허위 기재와 해고」, 『노동법학』 제43호, 한국노동법학회, p.313 등 참조.

에게 착오를 유발하는 등의 문제가 있었다라도, 채용 후 일을 잘 하는 등 사업에게 상당한 기여를 하는 사례가 있을 수 있는데, 대법원의 입장에 따르면 이러한 경우에는 해고가 부당하다는 결론이 내려질 가능성도 이론적으로 열려 있기 때문이다. 그러나 이것은 해고의 정당성 판단기준시점이 해고 시라는 점에 기인한 것으로, 근로관계의 특수성을 고려한 당연한 결과로 받아들일 수밖에 없다. 이러한 점에서 이 사건의 경우 제척기간이 남아 있으므로⁴⁾ 민법상 계약의 취소 사유(민법 제109조, 제110조)를 적극적으로 주장해 볼 실익이 있다. 이 법리를 적용하는 경우에는 취소사유의 존부는 계약체결시(즉, 사용자가 하자 있는 의사표시를 한 시점)를 기준으로 판단하므로 근로계약 체결 이후의 사정은 고려될 여지가 없기 때문이다.

여담으로, 1980·1990년대 이력서에 대졸 내지 그 중퇴 사실을 기재하지 않고 고졸 학력까지만 기재하는 등 최종학력을 은폐하고 입사하였다가 발각되어 해고된 근로자가 해고의 정당성을 다툰 여러 사건들에서, 20세기의 우리 법원은 허위기재된 학력이 당해 근로계약의 이행에 핵심적인 사항인지 여부 - 실제로 학력은 직무수행에 중요하지 않는 경우가 많았을 것이다 - 는 고려하지 않았으며, 근로계약 체결 이후의 근태 등의 사정은 전혀 고려하지 않고 ‘가정적 인과관계’, 즉 학력을 허위로 기재하지 않았더라면 근로계약을 체결하지 않았을 것인지 여부를 주된 판단근거로 삼아 해고의 정당성을 인정하곤 하였다. 이러한 태도는 해고를, 실질적으로 민법상 착오 내지 기만에 기한 취소권 행사로 치환하여 판단한 것이라 비판할 수 있다. 이러한 점에서 20세기 법원은 이력서 허위기재 사안의 성격을 무시한 채 결론을 내려놓고 이에 맞추기 위해 당해 사안에 적용하기 부적절한 법리를 사용한 것은 아닌가라는 의심이 든다. 이러한 관점에서 이 사건 판결을 평가해 보면, 결론을 내리는 과정에서 적용된 법리가 원고에게 과잉 친절을 베풀었다는 불만을 제기할 수는 있겠지만, 21세기 법원이 채용 시 제출한 서류에 하자가 있어 해고된 사례에서 그 정당성을 판단함에 있어서 적어도 이론적 측면에서는 20세기보다 정치해졌다고 볼 수 있을 것이다.

» 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

4) 민법 제146조(취소권의 소멸) 취소권은 추인할 수 있는 날로부터 3년 내에, 법률행위를 한 날로부터 10년 내에 행사하여야 한다.

근로자 해고를 위해 사용자가 원용한 「공정인사지침」이 법원에서는 사용자 의도와는 반대로 작용한 사례

- 부산지방법원 2017. 1. 19. 선고 2015가합49630 판결 -

【판결요지】

피고가 이 사건 예비적 면직처분의 근거로 들고 있는 고용노동부 공정인사지침에 의하더라도 업무능력 결여 등을 이유로 근로자에 대한 통상해고를 실시하려면 사용자는 근로자의 해고에 앞서 근로자의 업무능력을 개선할 수 있는 배치전환의 기회를 제공하는 등의 노력을 하여야 한다. ... 피고가 이 사건 예비적 면직처분의 근거로 들고 있는 고용노동부 공정인사지침에 의하더라도 업무능력결여 등을 이유로 근로자에 대한 통상해고를 실시하려면 근로자의 업무능력에 대하여 객관적이고 공정한 평가가 이루어져야 한다.

2015년 9월 노사정 합의를 빌미로 정부 주도로 노동시장 구조개혁이 주창되었고 이후 그 일환으로 2016년 1월 소위 저성과자에 대한 통상해고의 가이드라인을 제시한다는 취지에서 고용노동부는 「공정인사지침」을 발표하였다. 공정인사지침을 둘러싸고, 유연한 해고를 가능하게 할 것이라는 노동계의 우려, 고용노동부가 그러한 지침을 만들 권한이 있는가라는 법적 논의, 공정인사지침의 법적 성격과 효력 등 각종 논란이 발생하였다. 공정인사지침은 ‘직무능력과 성과중심의 인력운영을 위한 가이드북’이라는 부제를 달고 있는 191쪽 분량의 안내 책자이다. 공정인사지침은 ‘직무능력과 성과 중심의 인력운영’ 부분과 ‘근로자 해고’에 대한 부분으로 구성되어 있다. 특징적인 것은 근로자 해고에 관하여 징계해고, 경영해고, 통상해고로 분류하고 해고 사유와 절차를 판례를 중심으로 상세히 정리하고 있다는 점이다. 특히 통상해고의 유형으로서 업무능력결여 내지 저성과를 이유로 하는 해고에 관하여 판례 사례를 상세히 분류하고 정리하여 소개하고 있다. 그리고 공정인사지침은 업무능력결여 내지 저성과를 이유로 한 해고가 정당하기 위해서는 업무능력향상을 위한 교육훈련 기회 제공, 고용유지를 위한 배치전환 노력 등도 필요하다고 언급하며 단계적으로 설명하고 있다.)

본 판결은 노동시장 개혁을 둘러싸고 논란의 중심이 되었던 공정인사지침을 사용자가 근로자 해고의 근거로 활용한 것에 대한 법적 평가가 담긴 아마도 첫 번째 판결이 아닐까 한다.

우선 본 판결에서 문제된 쟁점을 살펴보면 다음과 같다. 사안에서는 근로자에 대한 주위적 해직처분과 예비적 면직처분의 정당성이 다투어졌다. 주위적 해직처분에 대해서, 법원은 징계사유는 인정되나 그 정도가 과하여 징계재량권 남용이 되어 무효라고 판단하였다. 또한 예비적 면직처분에 대해서도 법원은 무효라고 판단하였다. 예비적 면직처분의 근거로 사용자가 제시한 것은 근로자의 근무성적 불량이다. 이 부분에 대해서 기본적으로 단체협약에는 징계사유로 규정되어 있지 않았고 취업규칙에서만 징계사유로 규정되어 있었다. 그런데 단체협약에서 별도로 ‘단체협약에 규정된 사유 이외에는 징계사유로 삼을 수 없다’는 내용이 규정된 바 없었고 또한 ‘단체협약에서 취업규칙에 따라서는 해고할 수 없다’는 등 규정이 없었기 때문에 징계의 근거로 취업규칙에만 규정된 사유로 징계하는 것이 문제되지 않는다고 법원은 판단하였다. 이 부분은 문제가 없다고 본다. 단체협약과 취업규칙이 저촉되는 경우에 단체협약이 우선하기는 하지만, 본 사안의 경우 양 규범이 저촉되는 경우도 아니고 특별히 단체협약에서 취업규칙의 효력 범위나 적용 범위를 제한한 바도 없었기 때문이다. 또한 징계와 관련하여 단체협약과 저촉되지 않는 한, 사용자는 단체협약에 규정되지 않은 사유를 취업규칙에 규정하더라도 효력이 있다는 것이 판례의 태도이기도 하다(대법원 1995. 1. 20. 선고 94다37851 판결).

사안과 관련하여 주목할 부분은, 사용자가 예비적 면직처분, 즉 근로자 해고의 근거로 근무성적 또는 업무수행능력이 현저하게 불량하다는 평가를 주장하면서 공정인사지침을 해고 정당성 판단 근거로 들고 있다는 점이다. 그런데 사용자가 해고의 정당성 근거로 활용한 공정인사지침이, 해고의 정당성 판단과 관련하여, 법원에서는 오히려 사용자의 의도와는 반대로 기능하였다는 점이 흥미롭다. 법원은 공정인사지침에 따르더라도 근무성적이나 업무능력 부족이 해고의 근거가 될 수는 있으나 근무성적이나 업무능력이 부족하다고 판단된 근로자를 해고하려면 그 전에 그에게 업무능력을 개선할

1) 고용노동부(2016.1), 「공정인사지침」, pp.156~161.

수 있는 배치전환의 기회를 제공하는 등 노력을 기울였어야 하는데 그러지 못했다고 보았다. 또한 법원은 사용자가 근로자 해고의 근거로 활용한 공정인사지침의 내용을 보건대, 근로자 해고 이전에 근로자의 업무능력에 대하여 객관적이고 공정한 평가가 이루어졌어야 하는데, 그렇지도 않았다고 판단하였다.

공정인사지침과 관련하여서는 사실 그 법적 성격, 제정 근거와 한계, 법적 효력 등이 상당히 문제된다. 각각을 간단히 검토해보자.

첫째, 행정부는 법률이나 대통령령의 시행을 위해 부령을 제정할 권한이 있고 보다 더 상세한 하위의 규범들 예컨대, 예규, 고시, 훈령, 지침 등 온갖 명목의 법령시행을 위한 규정들을 제정할 수 있다. 또한 행정청 내부의 사무처리를 위한 내부적 기준들을 온갖 명칭의 규정으로 제정할 수 있고 이는 소위 ‘행정규칙’이라 하여 특별히 법령상 근거를 요하지도 않는다. 그런데 공정인사지침은 그 내용상 법령의 시행을 위한 세칙도 아니고 고용노동부 내부의 사무처리를 위한 기준도 아니다. 그저 사용자의 인사관리 및 근로자 해고에 관한 한 가지 견해일 뿐이다. 다만 문제는 공정인사지침을 발표함으로써 노동관계에서 사용자는 이를 인사관리 및 근로자 해고에 있어서 하나의 참고자료로 활용할 수 있고 심지어는 이를 그대로 따를 수도 있다는 점이다.²⁾ 이런 점에서 공정인사지침은 고용노동부가 의도하였던 의도하지 않았던 일정부분 비공식적 행정작용의 역할을 한다는 것이 분명하다.

둘째, 행정부 역시 법령해석에 관한 권한이 있고 어떤 사안에 대해 자신의 견해를 표명할 권한이 있다는 점은 분명하다. 공정인사지침의 내용 중 인력 운영 부분은 합리적인 인사관리에 관한 일종의 견해 표명으로 선해할만 하

2) 만약 사용자가 공정인사지침을 따르는 경우 취업규칙(인사규정 등)에 평가에 관한 규정과 저성과자 해고절차에 관한 상세한 규정을 마련하게 될 것이다. 그런데 여기서 문제는 이러한 새로운 규정을 도입하는 것 자체가 많은 경우에 취업규칙의 변경에 해당할 수 있기 때문에 만약 이 변경이 불이익 변경에 해당하는 경우 반드시 취업규칙 불이익 변경을 유효로 할 수 있는 절차를 따라야 한다는 점이다. 만약 이를 따르지 않았을 경우 위법무효가 되고 그 결과 그에 기한 각종 인사처분 내지 징계처분의 효력이 법적으로 다투어지는 상황이 필연적이므로 노동관계가 불안정해질 수 있다. 또한 이와 관련된 평가기준과 절차를 마련하는 것은 저성과자 해고 문제뿐 아니라 기업의 임금체계와도 직결될 수 있다는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 그렇기 때문에 저성과자 해고를 위한 취업규칙 변경에 지나치게 관심을 가지다보면 임금체계의 효율적 관리에 소홀하게 될 가능성도 있으므로 사실은 사업 전반에 걸쳐서 신중을 기해서 고민해야 할 것이다.

기도 하다. 그런데 근로자 해고에 관한 부분은 행정청의 견해 표명 권한, 법령해석 권한 등을 인정하더라도 석연치 않은 측면이 있다. 왜냐하면, 근로자 해고와 관련하여 근로기준법은 정당한 이유를 요구하고 있고 이 정당한 이유에 대한 최종적인 해석 권한은 오로지 법원에 있는 것인데, 고용노동부가 판례를 정리하였든 참고용으로 제작하였든 간에 해고의 정당성과 관련하여 해고를 유형별로 분류하고 정당성 판단의 기준과 내용들을 설명하는 자료를 만들어서 발표하는 경우, 사용자가 이를 무시하는 것이 사실상 어려우므로 결과적으로 노동관계에 긍정적이든 부정적이든 영향을 미치게 되기 때문이다. 해고와 관련하여서는 근로기준법상 해고제한 규정(법 제23조) 위반에 대한 형사처벌 조항이 2007년 삭제되어서 근로감독관이 더 이상 해고의 정당성 여부를 조사할 권한이 없어졌으므로 해고의 정당성 판단과 관련하여 고용노동부가 관여할 이유와 근거가 없다. 만약 공정인사지침이 법률과 판례를 해설하기 위한 것이라면 그 필요성이 없고, 법률과 판례 법리를 벗어나 보다 쉽게 해고할 수 있도록 유도하기 위한 행정지도 목적을 가지고 있는 것이라면 위법의 소지도 있는 것이다.

셋째, 공정인사지침은 그러면 어떤 법적 효력을 가지는가? 일단 공정인사지침은 이를 제정할 만한 아무런 법령상의 근거가 없다. 다음으로 동 지침은 행정청 내부의 사무처리를 위한 기준이 아니기 때문에 행정규칙으로서의 성질과 효력도 없다. 즉 동 지침 자체는 아무런 법적 효력이 없을 뿐만 아니라 구체적인 해고의 정당성 판단에서도 전혀 고려의 대상이 될 필요가 없다. 또한 동 지침은 행정처분도 아니므로 행정소송의 대상도 되지 않는다. 동 지침은 비공식적 행정작용으로서 노동관계에서 사용자가 동 지침을 활용할 것인가는 어디까지나 자유의사에 달려있으므로 동 지침 자체는 공권력의 행사에도 해당하지 않아서 헌법소원의 대상도 아니다. 따라서 사용자가 동 지침에 따라 해고를 했다고 하더라도 그 해고가 정당하게 되는 것도 아니고, 법원은 독자적으로 해고의 정당성 여부를 판단하게 된다.

공정인사지침에 대해서 기본적으로 노동계는, 동 지침이 사용자에게 영향을 미쳐 통상해고라는 이름으로 해고가 남용되는 것은 아닐까라는 두려움을 가지고 있다. 왜냐하면 저성과자라는 것은 기업의 관점에서 판단되는 것이고 성과의 기준을 정하고 이를 평가하는 주체는 사용자이며 한국에서는 독일과 같은 ‘공동결정제도’도 없어서 사용자의 경영권에 대한 규제가 대단히

어렵기 때문이다. 반면에 동 지침에 대해서 채용과정에서부터 근로관계 종료에 이르기까지 합리적이고 효율적인 인력운영에 관한 방향을 제시하고, 그간 불분명했던 통상해고의 절차와 판단기준을 판례를 통해 제시하고 있으며, 업무능력을 개선하기 위한 교육훈련의 기회 부여 또는 배치전환의 언급을 통해 동 지침은 통상해고의 정당성이 인정되는 중요한 절차적 요건을 제시한 것이라는 의미를 가진다고 하여 일정 부분 긍정적인 평가를 하는 견해도 있다.³⁾

어찌되었든 제정 근거, 법적 성격, 효력 등에 관한 논의를 차치하고, 굳이 많은 수고를 들여 효과적인 인력운영의 방향이라든가 해고의 요건과 정당성에 대해 많은 판례들을 정리하여 지침이라는 책자를 낼 필요가 있었을까 하는 의문이 여전히 존재한다. 비록 민사법상의 대원칙인 계약자유 원칙이 일부 수정되어 노동법 원리의 토대가 되긴 하였지만 노동관계는 기본적으로 민사관계이기 때문이다. 노동관계에서 국가의 역할은 무엇이고 그 한계는 어디까지인가라는 근본적인 고민이 떠오른다. 다만 공정인사지침을 제작한 관련 공무원들의 노고는 능히 짐작하고도 남는다.

마지막으로 본 판결의 함의를 짚어보자면, 고용노동부에서 발표한 공정인사지침이 그 법적 성격이나 효력 유무 등은 별론으로 하고, 일단 내용 그 자체로만 보자면, 동 지침이 노동계의 우려대로 저성과나 업무능력미달 등을 이유로 근로자에 대한 해고를 반드시 쉽게 할 수 있도록 해주는 근거로 기능하는 것은 아니라는 점이다. 또한 근로자를 저성과나 업무능력미달 등으로 해고하려면 근로자에게 업무능력향상 등을 위한 배치전환이나 능력개발의 기회 제공 등 절차적으로 준수해야할 단계들이 필요하기 때문에 사용자 입장에서는 오히려 근로자 해고가 더 어려워질 수도 있다는 점을 시사해준다. 법원에서는 당사자가 주장한 것에 대하여 판단한다는 기본 원칙상, 사용자가 공정인사지침에 근거하여 해고하였으므로 정당하다고 주장하는 것에 대해서 그 당부 판단을 한 것일 뿐이었지만, 공정인사지침의 법적 성격과 효력 등에 대한 법리적 견해도 아울러 밝혀주었다더라면 하는 아쉬움은 남는다.

» 노호창(호서대학교 법경찰행정학부 교수)

3) 李鎰(2016), 「公正人事指針の意義と機能」, 『季刊労働法』 255号, pp.36-45.

“이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 특약의 의미

- 울산지방법원 2017. 10. 19. 선고 2017가합298 판결 -

【판결요지】

피고는 원고와 근로계약을 체결하면서 계약 기간(유효기간이 원고의 퇴직 날짜까지이므로, 사실상 기간의 정함이 없다), 임금 등에 관하여는 계약 내용으로 정하고, 그 외 정함이 없는 사항은 근로기준법에 따르기로 한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고를 해고하려면 근로기준법 제23조에 따라 해고에 정당한 이유가 있어야 할 뿐만 아니라, 근로기준법 제26조, 제27조에 따라 원고에게 적어도 30일 전에 해고예고를 하여야 하고, 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.

대상판결은 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업자인 피고가 원고 근로자를 해고한 사안에서, 근로계약의 해고 등에 관하여는 근로기준법에 따르기로 하는 특약이 있는 이상 근로기준법 제23조 등이 적용되므로, 이 사건 해고는 근로기준법상 절차를 위반하여 무효임을 확인하고 복직 시까지의 임금을 지급하도록 명령한 판결이다.

피고는 상시근로자 2명을 고용하여 도시 및 주거환경정비법에 따라 주택재건축정비사업을 추진하는 단체이고, 원고는 2006. 7. 31. 피고에 입사하여 경리업무 등을 담당하였는데, 입사 당시 체결한 근로계약서(이하, ‘이 사건 근로계약서’라고 한다) 제5조에는 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라고 기재되어 있다. 피고는 2017. 2. 7. 원고에게 “원고가 피고를 상대로 소를 제기한 소외 ○○○를 위해 탄원서를 제출하는 등 피고의 이익에 반하는 행위를 하였으므로 해고한다.”는 통고를 하였고, 이에 원고는 피고가 정당한 이유없이 원고를 해고하였을 뿐만 아니라, 해고 사유와 해고시기를 서면으로 통지하지 않은 등 해고에 중대한 절차적 하자가 있으므로, 원고에 대한 해고는 무효라고 주장하며 해고무효의 확인 및 해고기간 중의 임금지급을 구하는 소를 제기하였다.

근로기준법 제11조 제1항 본문은 “이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다.”고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 “상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.”고 규정하고 있다. 한편, 근로기준법 시행령 제7조 및 동시행령 별표 1은 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법 규정을 “... 제20조부터 제22조까지의 규정, 제23조 제2항, 제26조, 제35조부터 ...”라고 열거하고 있다. 따라서 위 법문상 근로기준법 제23조 제1항, 제24조, 제25조, 제27조는 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용되지 않는다.

상시근로자의 수라는 일률적인 기준으로 해고의 제한에 관한 근로기준법의 적용여부를 일도양단으로 구분하는 입법이 정당한가에 관한 의문은 별론, 현행 근로기준법령의 법문상 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업의 경우 근로기준법 제23조 제1항 등이 적용되지 않음은 명백하다. 이러한 상황에서 대법원은 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 8372호로 전문 개정되기 전의 것)상 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 사용자가 정당한 이유없이 근로자를 해고하지 못한다는 같은 법 제30조 제1항이 적용되지 않고, 이 경우 그 근로계약이 기간의 정함이 없는 것이라면 민법 제660조 제1항¹⁾을 적용할 수 있게 되어 사용자는 사유를 불문하고 언제든지 근로계약의 해지를 통고할 수 있으나, 민법 제660조 제1항은 당사자의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 있는 임의규정이므로, 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장의 사용자가 근로자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하면서 해고의 사유를 열거하고 그 사유에 의해서만 근로자를 해고할 수 있도록 하는 해고 제한의 특약을 하였다면, 근로자에 대한 해고는 민법 제660조 제1항이 아니라 위 해고제한의 특약에 따라야 하고 이러한 제한을 위반한 해고는 무효라고 판단하였다(대법원 2008. 3. 14. 선고 2007다1418 판결). 위 판결은 사용자가 사무규정에서 사용자가 직원의 의사에 반하여 일방적으로 근로관계를 종료시킬 수 있는 경우로 해임과 징계면

1) 민법 제660조(기간의 약정이 없는 고용의 해지통고) ①고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다.

직의 두 가지 유형만을 정하여 두고 그 해임과 징계의 사유를 열거하고 있던 사안에 관한 것인바, 대법원은 이러한 사실관계에서 위 사용자의 사무규정이 근로계약의 내용으로 ‘편입’되었다면, 위 사용자가 4인 이하 사업장의 사용자라서 구 근로기준법 제30조 제1항에 의한 해고 제한의 적용을 받지 않는다 하더라도 근로계약의 내용을 이루는 사무규정의 해고 제한에 관한 규정에 구속되고 민법 제660조 제1항의 적용이 배제되므로, 위 사용자가 직원에게 한 면직통고는 사무규정에서 정한 해임 또는 징계면직으로서 적법한지 여부가 문제될 뿐 이를 민법 제660조 제1항에 의한 고용계약의 해지통고로 볼 수 없다고 판단하였다. 따라서 위 대법원 판결도 4인 이하 사업장에 구 근로기준법 제30조 제1항을 직접 ‘적용’한 사안은 아니다.

대상판결은 “피고는 원고와 근로계약을 체결하면서 …… 그 외 정함이 없는 사항은 근로기준법에 따르기로 한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고는 원고를 해고하려면 근로기준법 제23조에 따라 해고에 정당한 이유가 있어야 할 뿐만 아니라, 근로기준법 제26조, 제27조에 따라 원고에게 적어도 30일 전에 해고예고를 하여야 하고, 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.”고 판단하였는바, 대상판결의 이러한 판시는 위 대법원 판결과는 조금 다르게 읽힌다. 즉, 대상판결은 이 사건 근로계약서 제5조의 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구를 피고가 상시 사용하는 근로자의 수가 5명 이상인지 여부에 관계없이 원고와 피고 간에 근로기준법의 제반 규정을 전면적으로 적용한다는 취지로 이해하고, 이러한 이해를 전제로 원고와 피고 간에 근로기준법 제23조 제1항에 따라 해고에 정당한 이유가 있어야 할 뿐만 아니라, 근로기준법 제26조2), 제27조를 직접 적용하였다. 앞서 본 바와 같이 민법 제660조 제1항을 임의규정으로 이해한다면, 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사용자가 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하면서 근로기준법 제23조 제1항 및 같은 법 제27조와 동일한 취지의 조항을 근로계약의 내용으로 정하는 것은 계약자유의 원칙상 당연히 허용된다. 다만, 이 사건 근로계약 체결 당시 원고와 피고가 이 사건 근로계약서 제5조에 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구를 삽

2) 물론 근로기준법 제26조는 근로기준법 시행령 별표 1에 따라 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업장에도 당연히 적용된다.

입한 것을 원고와 피고 간에 근로기준법의 제반 규정을 전면적으로 적용한다는 취지라고 해석하는 것이 타당한지 조금 의문이다.

이 사건 근로계약서상의 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구를 상시 사용 근로자의 수와 관계없이 근로기준법의 제반 규정을 전면적으로 적용한다는 취지로 해석하는 것도 가능할 것이며, 대상판결은 위 문구를 이러한 취지로 해석한 것으로 이해된다. 그러나 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구는 임금, 소정근로시간, 주휴일, 연차유급휴가 기타 근로기준법령에 따라 사용자가 근로계약 체결시 근로자에게 명시해야 하는 근로조건 중 근로계약서에 명시되지 않는 사항은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다는 취지로 해석될 여지도 있다. 우리나라의 경우 근로계약서에 근로조건을 상세하게 기재하기 보다는 임금, 소정근로시간 등만 근로계약으로 정하고 여타의 근로조건은 취업규칙에 따르는 것이 일반적이거나, 상시 사용 근로자의 수가 10인 미만인 사업장의 경우에는 근로기준법에 따라 취업규칙을 작성할 의무가 없으며 취업규칙을 작성할 실익도 크지 않다. 따라서 취업규칙이 작성되어 있지 않은 사업장의 경우에는 취업규칙을 갈음하여 근로기준법에서 허용하는 근로조건(이하 ‘최저기준’)을 당해 사업장의 근로기준으로 적용하려는 의도로 근로계약서에 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 기재를 하는 경우도 있을 것이라 생각된다. 혹은 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구의 규범적 의미에 관한 진지한 고려 없이 시중에 돌아다니는 근로계약서 양식을 만연히 사용하였거나,⁴⁾ 향후 있을지도 모르는 근로감독에서 근로기준법 위반의 혐의를 피하기 위한 목적에서 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구를 근로계약서에 삽입한 경우도 있을 것이다.

이 사건 근로계약서의 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구가 (i) 원고와 피고 간에 근로기준법의 제반 규정이 전면적으

3) 근로기준법 제3조(근로조건)의 기준 이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다.

4) 참고로, 고용노동부가 작성, 배포한 ‘2016년 표준근로계약서(기간의 정함이 없는 경우)’에도 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법령에 의함”이라는 조항이 포함되어 있다(http://www.moel.go.kr/news/notice/noticeView.do?bbs_seq=1460695272448, 2017. 12. 17. 최종방문).

로 적용된다는 취지인지, (ii) 피고와 같은 상시 4명 이하의 근로자에게도 적용이 예정되어 있는 규정이 적용된다는 점을 확인하는 취지에 불과할 것인지는 결국 이 사건 근로계약서의 해석에 관한 문제이다. 대법원은 이전부터 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 문언에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 문언의 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이고, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.”고 판시하여 왔다.⁵⁾ 그런데, 대상판결의 판결문으로 확인할 수 있는 사실관계만으로는 위 문구의 객관적인 의미가 명백하지는 않아 보인다.

마지막으로, 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007다1418 판결의 취지에 비추어 볼 때, 이 사건 근로계약서의 “이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법에 의함”이라는 문구를 원고와 피고 간에 근로기준법의 제반 규정이 전면적으로 적용된다는 취지로 해석하는 경우에도, 이는 계약자유의 원칙에 따라 위 문구를 통해 이 사건 근로계약에서 정하지 않는 사항을 근로기준법에서 정한 기준으로 보충한다는 의미일 것이므로, 성질상 공법(公法) 규정에 해당하는 근로기준법 제28조 규정이 원고에게 직접 적용되기는 어려울 것으로 생각한다.

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

5) 대법원 1999. 11. 26. 선고 99다43486 판결 등.

노동조합

해고자의 산업별노조 가입 및 노조 결의 등의 규약 위반 시정명령 신청 주체

- 대법원 2016. 11. 10. 선고 2015도7476 판결 -

【판결요지】

1. 노조 규약에서 조합원 범위를 ‘한국철도공사에서 근무하는 직원과 철도 관련 산업 및 이에 관련되는 부대업체에서 근무하는 직원’으로 정하고 있고 관련 활동 등에 비추어 보면 철도노조는 산업별노동조합에 해당한다고 볼 여지가 크고, 따라서 이 규약이 철도공사에서 근무하다 해고된 근로자의 철도노조 조합원 자격을 부정하는 취지라고 단정할 수 없고 이에 대한 시정명령도 적법하다고 보기 어렵다.

2. (노동조합의 결의 또는 처분의 규약 위반 시정명령 신청 주체인) 이해관계인이라 함은 노동조합의 결의 또는 처분의 내용과 직접 관련이 있거나 이해득실이 있는 자를 의미하고, 노동조합의 결의 등이 사용자에게 영향을 미치는 경우 사용자도 이해관계인에 포함된다. [원심판결: 서울고법 2015. 8. 8. 2014노1314 판결]¹⁾

1. [판결요지] 1에 관하여

전국철도노동조합(이하 ‘철도노조’)은 2006. 11. 산별전환하여 같은 해 12. 전국운수산업노동조합(이하 ‘운수노조’) 철도본부가 되었고, 2009. 9. 산업별노조 지부로 노조설립신고를 했으며, 독자적인 규약 및 집행기관을 갖고서

1) 대법원은 원심판결의 이 부분에 관한 판단을 생략했으나 사실상 원심판결을 수긍한 것으로 보이고, 그렇다면 이해관계인에 관한 사실상 최초의 대법원 판결이라 할 수 있다.

운수노조의 위임 없이 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하기도 했다. 그리고 철도노조 규약 제7조는 “본 조합은 한국철도공사에서 근무하는 직원과 철도 관련 산업 및 이에 관련되는 부대업체에 근무하는 직원으로 구성한다.” 제9조는 “조합원의 자격은 사망, 퇴직, 제명의 경우 자동 상실한다”고 규정하고,²⁾ 운수노조 규약 제7조는 운수산업 관련 해고자도 조직대상에 포함하고 있다. 한편 2011. 5. 철도노조 산하 2개 지부 지부장으로 해고자가 선출되자, 한국철도공사(이하 ‘철도공사’)는 그 선출 결의가 철도노조 규약에 위반된다며 행정관청에 시정명령 신청을, 행정관청은 노동위원회 의결을 얻어 시정명령을 했는데, 철도노조 위원장은 그 명령을 따르지 않았다.

대상판결은, ① 철도노조는 철도공사 소속만이 아니라 관련 부대업체 종사자도 가입대상에 포함하고 있으며 실제 A회사와의 단체교섭을 시도한 사실이 있으므로, 산업별노조로 볼 여지가 큰 점(철도노조의 성격), 따라서 ② 철도공사에서 근무하는 직원이라는 문언만을 가지고 철도공사 해고자의 조합원 자격을 부정하는 취지라고 단정하기 어려운 점(산업별노조 조합원이 될 수 있는 근로자의 범위에 관한 법리),³⁾ 결국 ③ 해고자를 지부장으로 선출한 결의가 철도노조 규약 위반으로 보기 어려운 점(규약의 해석)을 들어, 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 했다.

(1) 규약과 단체교섭의 실제에 비추어 철도노조가 산업별노조라고 한 대상판결은 타당하지만, 원심판결에 철도노조의 성격과 관련한 직접적 판단이 없고,⁴⁾ 또한 산업별노조 조합원이 될 수 있는 근로자의 범위에 관한 판단도 없었으므로, 그것들과 관련하여 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다는 지적은 의아하다.

2) 2015. 3. 2. 제7조는 “본 조합은 한국철도공사와 철도관련 산업 및 관련 부대업체에 종사하는 노동자, 조합의 채용 직원 및 조합활동과 관련하여 해고된 자로 구성한다.” 제9조는 “① 사망, ② 제명, ③ 퇴직, 단 조합활동과 관련하여 해고된 자는 제외한다”로 개정되었다.

3) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두15821 판결 등.

4) 원심판결은 산별전환 이후 운수노조 지부로 설립신고, 독자적인 규약 등을 갖고서 단체교섭권 등의 독자적인 행사를 인정사실로 언급한 반면, 산업별노조로서 활동인 단체교섭의 실체는 언급하지 않았는데, 규약의 문언과 달리 사실상 기업별노조로 본 것인지, 운수노조에 소속된 산업별노조로 본 것인지 알 수는 없는데, 문언에 충실한 규약 해석을 한 것으로 보이는 원심판결로서는 철도노조의 성격에 관하여 굳이 판단할 필요가 없었을지도 모른다.

(2) 원심판결은, “철도노조 규약 제7조의 해석상 해고자는 철도노조의 조합원 자격이 없음이 명백”하다면서도 그 이유를 자세히 밝히진 않았는데, 퇴직(해고)으로 조합원 자격이 자동 상실되고(제9조), 운수노조처럼 조직대상에 해고자를 포함한다는 문언이 없으므로(제7조) 철도공사 등에 ‘근무’하지 않는 해고자는 조합원이 될 수 없다는, 지극히 그 문언에 충실한 해석을 한 것으로 보인다. 한편 대상판결은 산업별노조 조합원이 될 수 있는 근로자의 범위에 관한 법리 제시와 철도노조의 성격에 관한 판단에 이어 곧바로, 철도노조 규약이 해고자의 조합원 자격을 부정하는 취지라고 단정하기 어려우므로 결국 해고자를 지부장으로 선출한 결의가 규약 위반으로 보기 어렵다고 했을 뿐, 원심판결에 있는 위법의 이유를 구체적으로 밝히진 않았다. 혹시 산업별노조이면 해고자를 조직대상에 포함한다는 규약의 문언이 없더라도 당연히 그는 조직대상에 포함되므로 철도공사 등에 ‘근무’라는 문언만을 가지고 그의 조합원 자격을 부정할 수 없다는 것일까? 그러나 이는 위법의 이유가 될 수 없다. 산업별노조인 철도노조는 해고자를 조직대상에 포함할 수는 있지만, 그렇다고 그가 자동적으로 조합원이 되는 것은 아니고 규약에 정함이 있어야 비로소 조합원이 될 수 있으므로, 원심판결이 철도노조를 산업별노조라고 판단했더라도 규약의 문언이 철도노조와 같다면 원심판결처럼 해고자는 조합원이 될 수 없다고 판단할 수도 있기 때문이다.

(3) 결국 대상판결의 이유만으로 원심판결의 위법을 명확히 파악하기 어렵다. 그런데 철도노조 규약에 해고자를 조직대상에 포함한다는 문언은 없지만, 산별전환 이전부터 해고자가 조합원 또는 임명직 간부로 활동해 온 점(철도공사는 선출직 간부로 해고자를 선출하자 비로소 그의 가입을 문제 삼았다)(인정사실 추가), 산별전환 이후 철도노조는 실제로 산업별노조의 성격을 갖춘 점) 등 조합활동의 실제로부터 철도노조의 성격을 판단하고 나아가 대상판결이 제시한 법리를 더하여, 원심판결이 규약의 문언에 집착한 나머지 실제에 부합하지 않는 규약 해석을 했다고 그 이유를 밝혔다면, 대상판결

5) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두5361 판결은 당시 규약의 실제 운영에 비추어, 철도노조는 “규약상 조직대상을 종전의 철도청 ... 직원과 철도 관련 산업 및 이에 관련되는 부대업체에서 근무하는 직원으로 규정하였으면서도 실질적으로는 철도청 현업기관 기능직 공무원을 조직대상으로 한 기업별노동조합”으로 판단했다.

의 결론을 보다 쉽게 이해할 수 있지 않았을까 하는 아쉬움이 있다.

2. [판결요지] 2에 관하여

노조의 결의 또는 처분이 규약에 위반된다면 행정관청은 노동위원회 의결을 얻어 시정명령을 할 수 있는데, 그 시정명령은 이해관계인의 신청이 있는 경우에 한한다(노동조합 및 노동관계조정법 제21조 제2항). 이때 사용자도 이해관계인에 포함될 수 있다는 원심판결의 판단은 [판결요지] 2와 같다. 해당 사건에서 이해관계인에 사용자는 포함될 수 없다고 하면, 철도공사의 신청에 따라 이루어진 시정명령은 절차적 요건에 흠이 있으므로 결의 등이 규약 위반인지에 관한 실체적 판단을 굳이 할 필요까지는 없는데, 대상판결은 절차적 요건에 관한 판단 없이 곧바로 실체적 판단으로 나아갔으므로, 원심판결의 이해관계인에 관한 판단을 수긍한 것으로 평가할 수 있다.

규약은 노조와 조합원에게만 적용되므로 노조 결의 등의 규약 위반에 따른 이해는 조합원에게 직접적으로 발생한다는 점에서 규약 위반 시정명령 신청의 이해관계인은 원칙적으로 조합원일 것이나, 해당 규정에는 이해관계인의 범위 제한이 없는 점, 그 결의 등으로 사용자에게 발생하는 이해는 법률적 또는 직접적 이해라기보다는 사실적 또는 간접적(가정적) 이해일 수도 있지만, 시정명령 신청은 시정명령을 촉구하는 일방적 행위로서 곧바로 시정명령을 강제하는 법적 효과를 발생시키지 않으므로, 따라서 그 이해를 법률적 또는 직접적 이해로 좁게 볼 필요까지는 없는 점, 그 결의 등 노조 내부 운영에 대한 사용자의 개입은 부당노동행위이므로 특별한 사정이 없는 한 금지되어야 하지만, 시정명령 신청은 특별한 사정이 없는 한 그 자체로서 부당노동행위는 아니고, 또한 사용자의 이해에 법률적 또는 직접적인 영향을 미칠 것이 예견되고 사법적 구제절차에서 다투어질 수 있는 사항, 예를 들어 쟁의행위 결의, 노동조합 대표자 선출 결의⁶⁾ 등으로 신청 대상을 제한한다면 노조 내부 운영에 대한 사용자의 개입 우려(부당노동행위의 문제)는 최소화될 수 있는 점, 그 결의 등이 현실화될 때 사법적 구제절차로서 이해

6) 노조 대표자는 단체교섭 및 단체협약 체결 등과 관련된 법률행위의 주체가 되므로, 그의 법적 지위는 사용자의 이해와 법률적 또는 직접적으로 관련되므로 예를 들어 조합원 자격이 없는 사람을 대표자로 선출하는 결의라면 문제될 수 있을 것이다.

를 해결할 수도 있지만 그런 절차의 활용 가능성이 시정명령 신청을 배제할 만한 이유가 될 수는 없는 점에서, 매우 제한적·예외적으로 사용자도 이해관계인이 될 수 있을 것이다.

원심판결은, 노조 임원 또는 간부로 선출하는 결의는 해당 임원 또는 간부가 노조 측 교섭위원으로 참석할 수 있는 등 사용자를 상대로 노조활동을 할 수 있게 된다는 점에서 사용자도 이해관계인이 될 수 있다고 했으나,⁷⁾ 노조 대표자와 같은 법적 지위를 갖지 않는 임원 등의 경우에는 그들의 장래 활동에 대한 막연한 가정에 기초한 우려만으로는, 사용자가 그 선출 결의의 이해관계인이 될 수는 없다고 생각한다.

>> 장영석(공인노무사)

7) 고용노동부도 사용자가 이해관계인이 될 수 있다고 하고(고용노동부(2009. 3), 『노동조합원의 권리』, pp.33~34; 2011. 11. 23. 노사관계법제과-2366; 2012. 7. 31. 노사관계법제과-2231), 노동위원회는 원심판결과 같은 견해이다(서울지방노동위원회 2011. 12. 29. 2011 의결20).

합병 무효와 기존 공무원노동조합의 법적 지위

- 대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결 -

【판결요지】

원고(통합 전 전국공무원노동조합)의 합병결의가 유효하고 이를 기초로 원고와 전국민주공무원노동조합, 법원공무원노동조합이 통합하여 ‘통합된 전국공무원노동조합’의 조직을 갖추었다 하더라도, 새로 설립하려던 ‘통합된 전국공무원노동조합’의 설립신고가 수리되지 아니한 이상 합병의 효력이 발생하지 아니하였다 할 것이고, 비록 해산신고가 있었으나 이는 보고적인 것에 불과하여 실제로 합병의 효력이 발생하지 아니한 이상 해산의 효력이 발생한다고 할 수도 없으므로, 원고는 합병결의에 의하여 소멸이 예정된 조직이기는 하지만 잠정적으로 공무원노동조합의 지위를 가지고 다른 사정이 없는 한 그 구성원들 역시 원고 소속 조합원의 지위를 잠정적으로나마 유지한다고 보이며, 따라서 기존 법률관계를 정리·청산하기 위하여 과거에 이루어진 이 사건 통보의 효력을 다룰 수 있다.

1. 사건의 개요와 경과

이 사건의 원고(상고인)는 통합 결의를 하기 전의 전국공무원노동조합(이하 이를 ‘통합 전 전국공무원노동조합’이라 하고, 이후 다른 공무원노동조합들과 통합한 단체는 ‘통합된 전국공무원노동조합’이라 함)이고, 피고(피상고인)는 통합 전 전국공무원노동조합에 범외노조 통보를 한 노동부장관이다. 범외노조 통보 사건이긴 하지만, 이 사건의 주된 쟁점은 범외노조 통보의 효력이 아니다. 합병결의와 해산신고까지 한 노동단체(통합 전 전국공무원노동조합)가 합병결의와 해산신고 이후에도 통합된 노동단체(통합된 전국공무원노동조합)가 아니라 자신의 이름으로 과거에 자신에게 내려진 범외노조 통보의 효력을 계속 다룰 수 있는가 하는 점이 핵심 쟁점이다. 여기서 범외노조 통보란 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 시행령 제9조 제2항에 따라 행정관청이 기존 노동조합에게, 즉 자신이 과거에 설

립신고증을 교부한 노동조합에게, 사후에 ‘법에 의한 노동조합으로 보지 아니함’을 통보하는 것을 말한다. 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하 ‘공무원노조법’이라 함)도 노동조합법상 법외노조 통보 관련 규정들을 준용하고 있다. 한편 관련 판결들에서 말하는 ‘공무원노동조합’은 공무원으로 구성된 노동조합을 가리킨다.

이 사건의 경과는 다음과 같다.¹⁾ 원고는 2002. 3. 24. 조직되어 공무원노조법에 따라 2007. 10. 17. 피고에게 설립신고하였고 2007. 11. 8. 설립신고증을 교부받았다. 피고는 2008. 8. 28. 원고에게 공무원 신분을 상실(법원에서 파면·해임 확정)하여 조합원이 될 수 없는 자가 노동조합 간부 등으로 활동하고 있다면서, 그 사실관계의 확인 및 시정을 명하였다. 이후 1년이 넘는 공방을 거쳐 피고는 2009. 10. 20. 원고에게 “…… 귀 노조는 시정기한 내에 시정요구 사항을 적법하게 이행하지 아니하였으므로 위 관계법령에 따라 공무원노조법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보합니다.”라는 내용의 통보를 하였다. 한편, 원고는 2009. 9. 23.경 전국민주공무원노동조합 및 법원공무원노동조합과 합병을 결의하고, 전국통합공무원노동조합을 설립하였다. 전국통합공무원노동조합은 2009. 11. 28. 대의원대회에서 그 명칭을 ‘전국공무원노동조합’으로 개칭하였다(통합된 전국공무원노동조합). 원고는 2009. 12. 1. 피고에게 해산일자를 ‘2009. 9. 26.’, 해산사유를 ‘전국공무원노동조합으로 신설합병에 따른 해산’으로 기재한 노동조합해산신고서를 제출하였고, 통합된 전국공무원노동조합도 같은 날 피고에게 노동조합설립신고서를 제출하였으나 수리되지 않았다.

2. 주된 쟁점과 하급심 판결

이 사건의 실제적 쟁점은 법외노조 통보의 효력이었지만, 실제 소송에서 다투어진 것은 피고가 주장한 두 가지 본안전 항변이었다. 하나는 법외노조 통보의 법적 성격과 관련한 것으로, 피고는 법외노조 통보가 행정처분이 아니라 단순한 사실이나 관념의 통지에 불과하여 그 효력을 법적으로 다룰 수 없다고 주장했다. 다른 하나는 당사자 적격 내지 소의 이익과 관련된 것으

1) 이 사건의 1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 8. 선고 2009구합44690 판결) 참조

로, 피고는, 원고가 다른 공무원노동조합과 통합이 되면서 종래 원고의 집행부 및 조합원이 없어졌을 뿐만 아니라 새로운 통합노동조합으로 그 조직을 변경하고 해산신고서를 제출함으로써 완전히 소멸하여 해산하였으므로, 이 사건은 당사자 적격 내지 소의 이익이 없어 각하되어야 한다고 주장했다. 앞의 쟁점 즉 법외노조 통보의 법적 성격에 대해 1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 8. 선고 2009구합44690 판결)은 행정처분으로 보았고, 이후 이 문제는 당사자 사이에서 더 이상 다투어지지 않았다.²⁾ 그에 비해 후자 즉 당사자 적격 내지 소의 이익 유무에 관해서는 원심(및 제1심) 판결과 대상 판결이 견해를 달리하였다.

원심(서울고등법원 2010. 12. 8. 선고 2010누12639 판결)은 1심판결을 인용하여, “노동조합은 그 해산사유의 하나로 합병으로 소멸한 경우를 들고 있고(노조법 제28조 제1항, 제2항), 합병에 따라 해산·소멸되는 노동조합의 조합원은 합병결의에 의하여 개별적 가입절차 없이 자동적으로 신설합병된 노동조합의 조합원의 자격을 갖게 되는 점, 합병에 따라 해산·소멸되는 노동조합에서는 해산에 따른 청산절차를 거칠 필요가 없이 그 재산관계 및 지위가 그대로 신설합병된 노동조합에 승계되는 점, 신설합병된 노동조합이 비록

2) 1심 판결이 밝힌 판단 이유는 이렇다. “이 사건 통보는 공무원노조법 제17조 제2항, 그 시행령 제14조 제1항에 의하여 준용되는 노조법 제12조 제3항, 그 시행령 제9조 제2항에 근거하여, 노조법에 의하여 설립된 노동조합에 ‘근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우’ 등과 같이 노동조합으로 보지 아니하는 사유가 발생하였다고 판단되는 경우 그 사유에 대한 시정요구를 거쳐 당해 노동조합이 노조법 제2조 제4호 단서의 노동조합으로 보지 아니하는 경우에 해당하니 노동조합으로 보지 않겠다는 취지의 통보를 하는 것에 불과하지만, 피고로부터 위와 같은 취지의 통보를 받게 되면, 당해 노동조합은 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있고(노조법 제7조 제1항), 노동조합의 명칭을 사용할 수 있으며(노조법 제7조 제3항), 공무원노동조합의 집단행위 금지규정인 국가공무원법 제66조 제1항 본문과 지방공무원법 제58조 제1항 본문의 규정을 적용받지 않게 되고(공무원노조법 제3조 제1항), 정부교섭단체와 단체교섭 및 단체협약을 체결할 수 있게 되는 등 노조법 및 공무원노조법에 의하여 설립된 노동조합에게 인정되는 지위와 권한을 실질적으로 인정받지 못하게 되는 불이익을 받을 수밖에 없고, 이러한 통보를 처분으로 보아 행정소송으로 다투게 하는 외에 달리 이를 해결할 마땅한 쟁송방법도 없는데, 이러한 여러 사정을 종합해 보면, 이 사건 통보는 피고의 원고에 대한 설립신고증 교부처분이 철회되었음을 알리는 단순한 사실의 통지 또는 관념의 통지에 불과한 것이 아니라 원고가 노동조합의 지위에서 가지는 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 행정처분에 해당하여 항고소송의 대상이 된다고 보아야 할 것”이라고 하였다.

그 설립신고가 수리되지 않아 법인등기를 갖추고 있지 못하고 있다 하더라도 이미 노동조합으로서의 실질적 성립요건을 갖추고 있다면 ‘노조법상의 노동조합이 아닌 노동조합’으로 성립되는 점 등을 종합하면, 원고는 앞서 본 바와 같이 이미 전국민주공무원노동조합 및 법원공무원노동조합과 합병결의를 하였고, 이에 따라 통합된 전국공무원노동조합이 설립되었으며 원고 스스로 그 해산신고까지 한 이상, 그 조합원들은 통합된 전국공무원노동조합의 조합원이 되고 원고는 더 이상 공무원노동조합으로서의 실체를 갖추지 못하게 되었다고 할 것이며, 통합된 전국공무원노동조합의 설립신고가 수리되지 않았다고 해서 달리 볼 것도 아닌바, 그렇다면 원고에게 공무원노동조합으로서의 실체가 없는 이상 이 사건 통보가 취소된다고 하여 원고가 실질적으로 인정받지 못하던 공무원노조법상 노동조합으로서의 지위를 다시 인정받게 되는 것도 아니고, 달리 원고에게 이 사건 통보의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 보기도 어렵다.”고 판단하였다.

3. 대상판결의 주요 내용

그에 비해 대상판결은 “원고의 합병결의가 유효하고 이를 기초로 원고와 전국민주공무원노동조합, 법원공무원노동조합이 통합하여 ‘통합된 전국공무원노동조합’의 조직을 갖추었다 하더라도, 새로 설립하려던 ‘통합된 전국공무원노동조합’의 설립신고가 수리되지 아니한 이상 합병의 효력이 발생하지 아니하였다 할 것이고, 비록 해산신고가 있었으나 이는 보고적인 것에 불과하여 실제로 합병의 효력이 발생하지 아니한 이상 해산의 효력이 발생한다고 할 수도 없으므로, 원고는 합병결의에 의하여 소멸이 예정된 조직이기는 하지만 잠정적으로 공무원노동조합의 지위를 가지고 다른 사정이 없는 한 그 구성원들 역시 원고 소속 조합원의 지위를 잠정적으로나마 유지한다고 보이며, 따라서 기존 법률관계를 정리·청산하기 위하여 과거에 이루어진 이 사건 통보의 효력을 다룰 수 있다”고 하였다. 대상판결의 논리는 다음과 같이 요약할 수 있다. ① 유효한 합병결의와 노동조합들 사이의 조직적 통합만으로는 합병의 효력이 발생하지 않으며, ‘통합된 전국공무원노동조합’의 설립신고가 수리되어야만 합병의 효력이 발생한다. ② 합병의 효력이 발생하지 않으면 비록 해산신고가 있었다고 해도 해산의 효력은 발생하지 않는

다. ③ 원고는 합병결의에 의하여 소멸이 예정된 조직이지만 잠정적으로 공무원노동조합의 지위를 가지며, 그 구성원들 역시 원고 소속 조합원의 지위를 잠정적으로 유지한다. ④ 따라서 원고는 기존 법률관계를 정리·청산하기 위하여 과거에 이루어진 이 사건 통보의 효력을 다룰 수 있다.

대상판결은 이러한 결론에 이르는 과정에서 일반적인 법외노조의 지위, 노동조합 합병의 효력, 공무원노동조합의 특수성 등을 논리적 근거로 제시했다. 먼저, 일반적인 법외노조의 지위와 관련하여, 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖춘 근로자단체는 신고증을 교부받지 아니한 경우에도 노동기본권의 향유 주체에게 인정되어야 하는 일반적인 권리를 보장받을 수 있다고 한다. 즉 노동조합법이 노동조합의 자유 설립을 원칙으로 하면서도 그 설립에 관하여 신고주의를 택한 취지는 노동조합의 조직체계에 대한 행정관청의 효율적인 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호·육성하려는 데에 있으며(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결 등 참조), 신고증을 교부받은 노동조합에 한하여 노동기본권의 향유 주체로 인정하려는 것은 아니다. 그러므로 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖춘 근로자단체가 신고증을 교부받지 아니한 경우에도 노동조합법상 부당노동행위의 구제신청 등 일정한 보호의 대상에서 제외될 뿐, 노동기본권의 향유 주체에게 인정되어야 하는 일반적인 권리까지 보장받을 수 없게 되는 것은 아니다(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정 참조).

둘째, 합병의 효력 발생 시점 등과 관련해서는, 신설합병으로 설립되는 새로운 근로자단체가 노동조합의 실질적 요건을 갖춘 시점에 합병이 완료되어 기존 노동조합은 소멸한다고 본다. 즉 노동조합법 제28조 제1항 제2호는 합병을 노동조합이 소멸하는 해산사유로 규정하고 있는데, 둘 이상의 노동조합이 소멸하고 새로운 노동조합이 설립되는 현대인 신설합병의 경우, 노동조합법이 새로운 노동조합의 설립신고를 합병의 효력 발생 요건으로 정하고 있지 않은 점이나 설립신고의 취지 또는 법적 의미 등을 고려하면, 합병에 의하여 설립되는 근로자단체가 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖추어 노동기본권의 향유 주체로 인정될 수 있는 때에 합병이 완료되어 기존 노동조합은 소멸한다. 설립신고증을 교부받는 것은 합병의 효력발생요건이 아니며, 오직 그 근로자단체가 노동조합법상 노동조

함으로 일정한 보호를 받기 위한 요건에 불과하다.

셋째, 공무원노동조합의 특수성에 관한 것으로, 공무원노동조합은 일반 근로자의 노동조합과는 달리 오직 법내조합만이 노동기본권의 향유주체가 된다고 한다. 즉 헌법과 노동조합법, 공무원노조법 등 공무원의 노동기본권 관련 규정 내용을 종합하면, 공무원으로 조직된 근로자단체는 공무원노조법에 따라 설립된 공무원노동조합인 경우에 한하여 노동기본권의 향유 주체가 될 수 있다. 나아가 이는 기존 공무원노동조합이 신설합병 형태로 새로운 공무원노동조합을 설립하는 경우에도 마찬가지이다. 따라서 기존 공무원노동조합은 합병결의 및 새로운 공무원노동조합 설립을 위한 결성·조직행위가 있었다는 사정만으로 당연히 소멸하는 것이 아니라, 공무원노동조합의 실체를 갖추어 공무원노조법에 따른 설립신고를 마침으로써 새로운 공무원노동조합으로 설립되는 때에 비로소 합병의 효력이 발생하여 소멸하게 된다. 이 경우 합병결의 및 새로운 공무원노동조합 설립을 위한 결성·조직행위가 이루어진 시점부터 새로운 공무원노동조합의 설립신고가 수리되는 시점까지 존재하는 기존 공무원노동조합은 소멸이 예정된 조직이어서 지위가 잠정적인 것이지만, 기존 법률관계를 정리·청산하는 데에 필요한 범위 내에서는 공무원노동조합으로 활동할 수 있다.

4. 평범한 결론에 이르는 이상한 논거

대상판결은 먼저 학계에서 일반적으로 법외노조라고 부르는 단체를 ‘노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖춘 근로자단체로서 신고증을 교부받지 아니한 경우’라고 풀어서 설명한 후, 이러한 법외노조도 노동기본권의 향유 주체에게 인정되는 일반적인 권리는 보장받을 수 있다고 한다. 이는 기존 판례(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정 참조)에 부합하는 것으로 당연한 지적이다. 문제는, 그래서 대상판결에서法官 눈에 띄는 부분은, 일반 근로자로 구성된 노동조합과 공무원노동조합을 비교한 것 특히 신설합병과 관련하여 법외노조 상태인 근로자단체의 법적 지위에 관한 설시이다. 일반 근로자의 단체인 경우에는 합병에 의하여 설립되는 근로자단체가 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖춘 때 노동기본권의 향유 주체가 되며, 그 시점에 합병은 완료되고 기

존 노동조합은 소멸한다. 즉 설립신고증 교부는 합병의 효력발생요건이 아니다. 그에 비해 공무원의 단체인 경우에는 노동조합의 실질적 요건과 함께 설립신고증의 교부라는 형식적 요건을 갖춘 때에만 노동기본권의 향유주체가 되며, 그 시점에 합병은 완료되고 기존 노동조합은 소멸한다. 즉 합병된 근로자단체가 설립신고증을 교부받는 것이 합병의 효력발생요건이고 동시에 기존 공무원노동조합의 해산요건이다.

이렇게 대상판결은 법외노조 상태인 경우 일반 근로자의 단체와 공무원의 단체는 그 법적 지위에서 차이가 있음을 전제하고 있다. 전자는 노동향유권의 주체가 될 수 있는 반면에 후자 즉 공무원으로 조직된 근로자단체는 공무원노조법에 따라 설립된 공무원노동조합인 경우에 한하여 노동기본권의 향유 주체가 될 수 있다고 한다. 법외노조에 관한 일반론이 공무원노동조합에 적용될 수 없는 이유로는 다음 두 가지를 든다. ① 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자의 경우 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정함으로써 공무원인 근로자의 노동기본권에 대하여 헌법적 제한을 두고 있으며, 노동조합법 제5조 단서는 공무원노동조합의 설립이나 가입에 관하여 따로 법률로 정하도록 규정하고 있다. ② 이에 따라 제정된 공무원노조법은 노동기본권이 보장되는 공무원의 범위와 공무원노동조합의 설립 및 운영 등에 관한 사항을 정하면서, 그 제3조 제1항에서 공무원노조법에 따른 공무원노동조합의 조직·가입, 공무원노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 노동운동 등 공무 외의 집단행위를 금지한 국가공무원법 및 지방공무원법을 적용하지 아니하도록 규정하고 있다.

그러나 대상판결의 논리는 지나치게 단순하거나 비약적이다. 스스로 들고 있는 논거 어디에도 법외노조로서 공무원 단체의 법적 지위에 관해 언급하고 있는 규정은 없다. 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자의 ‘범위’에 관해 법률로써 정한다고 규정하고 있고, 노동조합법과 공무원노조법 역시 ‘공무원노동조합’의 설립과 운영 혹은 조직과 가입 및 활동에 관해서만 정하고 있을 뿐이다. 공무원 ‘법외노조’에 관해서는 보호든 배제든 혹은 특별 취급이든 어떠한 언급도 하고 있지 않다. 이는 법외노조의 성격에 비추어보면 당연한 것이기도 하다. 왜냐하면 법외노조의 노동기본권 향유성(주체성)은 노동조합법이나 공무원노조법의 규정이 아니라 결사의 자유와 노동3권 보장이 라는 헌법의 규정과 해석으로부터 직접적으로 나오는 것이기 때문이다. 노

동조합의 실질적 요건과 형식적 요건을 정하고 있는 노동조합법의 규정들도 불구하고 일반 근로자로 구성된 법외노조가 노동기본권의 향유 주체가 될 수 있음에서 알 수 있듯이, 공무원으로 구성된 법외노조의 노동기본권 향유성도 헌법에 의해 당연히 인정되는 것이다. 자유와 권리에 대한 제한은 헌법의 목적에 따라 필요할 경우 그 최소한도를 법률로써 하여야 한다. 명문의 규정이 없이 해석으로써 기본적인 권리나 자유를 제한하거나 배제하는 것은 위험하다. 나아가 공무원을 특별히 대우할 수 있다는 것으로부터 공무원의 단체 특히 공무원의 직업적 이익을 유지, 향상하기 위해 결성된 노동조합까지 특별하게 취급할 수 있다는 생각은 지나친 비약이다.

» 강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

노동조합 설립을 둘러싼 노사 분쟁 - 삼성노동조합 사건

- 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두2895 판결, 2015두1175 판결,
2015두1151 판결, 2015두776 판결, 2015두38917 판결 -

【판결요지】

① 2015두2895 판결 [부당해고및부당노동행위구제재심판정취소]: 사용자가 표면적으로 내세우는 해고사유와 달리 실질적으로 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고하였다고 인정되는 경우 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 한다. 사안에서 참가인(삼성에버랜드)이 원고를 해고한 실질적인 이유는 원고가 노동조합을 조직하려 하고 실제로 노동조합을 조직한 후 그 부위원장으로 활동한 것이라고 봄이 타당하므로 이 사건 해고는 부당노동행위에 해당한다.

② 2015두1175 판결, 2015두1151 판결[부당노동행위구제재심판정취소]: 단위노동조합이 총회의 의결을 거쳐 산업별 노동조합의 하부조직으로 편입되는 것은 노동조합법이 예정하고 있는 조직형태 변경의 한 유형이다. 이처럼 조직형태가 변경된 경우 산업별 노동조합은 특별한 사정이 없는 한 단위노동조합의 권리·의무나 법률관계를 승계하므로 조직형태 변경 전의 단위노동조합이 수행하던 부당노동행위 관련 소송절차를 산업별 노동조합이 수계할 수 있다. 노동조합 측의 이 사건 유인물 배포행위는 정당한 조합활동에 해당하므로 삼성 측이 이를 제지한 행위는 부당노동행위에 해당한다.

③ 2015두776 판결[부당정직구제재심판정취소],¹⁾ ④ 2015두38917 판결[부당감급및부당노동행위구제재심판정취소]²⁾: 부당해고 등의 구제신청에 관한 중앙노동위원회의 재심판정 취소소송의 소송물은 재심판정 자체의 위법성이므로, 재심판정이 징계처분의 정당성에 관한 판단을 그르쳤는지 여부를 가리기 위해서는 징계위원회 등에서 징계처분의 근거로 삼은 징계사유에 의하여 징계처분이 정당한지 여부를 살펴봐야 한다. 따라서 여러 징계사유를 들어 징계처분을 한 경우에는 중앙노동위원회가 재심판정에서 징계사유로 인정한 것 이외에도 징계위원회 등에서 들었던 징계사유 전부를 심리하여 징계처분이 정당한지 여부를 판단하여야 할 것이다.

위는 같은 날 선고된 총 다섯 개 판결의 판결요지를 소개한 것이다. 이 사건들은 삼성그룹과 그 계열사의 근로자를 조직대상으로 하여 설립된 삼성노동조합의 위원장, 부위원장 등에 대한 징계의 정당성 및 조합활동에 대한 사측의 부당노동행위 성부가 다투어진 사례이다. 삼성노동조합은 복수노조설립이 허용된 지 며칠 지나지 않은³⁾ 2011. 7. 11. 삼성그룹 내에 설립된 첫 노동조합이라는 점에서 이에 대한 삼성 측의 대응이 주목되었다. 위 판결내용의 맥락을 이해하기 위하여 관련 사실관계를 간략히 정리하면 다음과 같다.

- 2011. 7. 13. 삼성노동조합 설립(조합원 약 10명)
- 2011. 7. 18. 삼성, 조○○ 노조 부위원장 징계해고⁴⁾ ①
- 사건(판결 ① 관련)
- 2011. 8. 26/27. 삼성노동조합, 유인물 배포/삼성 측 제지 ②
- 1 사건(판결 ② 관련)
- 2011. 9. 9/16. 삼성노동조합, 유인물 배포/삼성 측 제지 ②
- 2 사건(판결 ② 관련)
- 2011. 11. 9. 노조원 김○○ 정직2개월 징계 ③
- 사건(판결 ③ 관련)
- 2012. 6. 11. 삼성, 박○○ 노조위원장 감급(급여삭감) 3개월 징계⁵⁾ ④

1) 근로자 측은 노동위원회 단계에서는 부당노동행위구제신청도 하였지만, 부당노동행위구제신청제심판정에 대해서는 법원에 불복하지 않았다. 한편, 이 사건에서 사용자가 제시한 징계사유는 (가) 임직원 및 협력사 직원 개인정보의 무단 수집·유출, (나) 감사업무 방해(정보유출 증거 인멸), (다) 허위사실 유포 및 사용자의 명예 실추, (라) 감사 거부(감사장 무단이탈 등), (마) 위화감 조성 및 조직융화 저해의 사유 등 5가지인바, 중노위는 부당정직 등 구제제심청사건에서 이 중 (가), (나), (라)만을 징계사유로 인정하였다.

2) 이 사건과 관련하여 사용자가 제시한 징계사유는 (가) 직장질서 문란과 (나) 회사비방 및 명예훼손인데, 중노위는 이 중 (가)만을 징계사유로 인정하였다. 참고로, 중노위는 별건에서 ②-2 사건의 유인물배포행위 제지행위가 부당노동행위로 인정되지 않는다고 판단하였는데, 사용자 측은 이러한 결정이 나자 이 유인물 배포행위가 (가) 징계사유에 해당한다면서, 이 사건 징계처분을 하였다.

3) 노동조합 및 노동관계조정법 부칙<법률 제9930호, 2010. 1. 1.> 제7조에 따라 2011. 6. 30.까지는 복수노조설립이 금지되었다.

4) 사용자가 제시한 징계사유는 임직원 개인정보 유출, 매입매출전산거래원장 유출, 도난 차량 운행, 직무태만, 직장상사에 대한 폭언 및 욕설, 허위사실 유포 및 선동, 무단직장이탈 등 8가지이다.

5) 징계사유는 위 ②-2 사건에서 부당노동행위로 인정되지 않은 유인물배포행위와 이 무렵 이루어진 언론보도행위의 2가지이다.

- 사건(판결 ④ 관련)

2012. 12. 28. 삼성노동조합, 전국금속노동조합 산하 경기지부 삼성지회로
조직형태 변경

2013. 10. 14. 국회의원 심상정, “2012년 S그룹 노사전략” 문건 언론⁶⁾ 공개

위 ①부터 ④의 사건과 관련하여 노조 측은 지방노동위원회 및 중앙노동위원회에 구제신청 및 그 재심신청을 제기하였으나, ②-1 부분을 제외하고는 근로자 측의 신청이 모두 기각되었다. 노사 양측은 자신의 주장이 받아들여지지 않은 중앙노동위원회의 재심판정 부분에 대하여 각각 취소소송을 제기하였고, 대법원은 모든 사건에서 노조 측의 손을 들어주었다. 각 사건을 유형별로 분류하면 ①, ③, ④는 해고 등 징계처분의 정당성과 불이익취급에 의한 부당노동행위의 성립 여부가 다투어진 사건이고, ②는 지배개입에 의한 부당노동행위의 성립 여부가 문제된 사건으로 이하에서는 이를 나누어 각 사건의 판결의 주요 쟁점을 살펴본다.

먼저 ①, ④ 사건은 부당해고 및 부당노동행위 구제신청에 관한 사건으로 하나의 사건에 해고의 정당성과 부당노동행위의 성립 여부라는 두 가지 청구가 존재하는데, 이때 각 청구를 분리하여 판단하여야 하는지, 아니면 상호연관성을 가지고 함께 판단하여야 하는지에 대하여는 견해의 대립이 있는데, 이는 강학상 ‘해고사유의 경합’이라는 주제로 논해지고 있다. 먼저 상기 두 가지의 쟁점은 서로 별개의 효과를 가지고 있고, 그 성립요건이 상이하므로 양자는 상호 간에 관련성이 없다고 보아 이를 분리하여 별도로 판단하여야 한다는 주장의 경우 범형식논리에 부합하는 측면이 존재한다고 볼 수 있다. 그러나 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 ‘불이익취급에 의한 부당노동행위’는 그 ‘불이익취급’의 대표적 유형이 해고나 징계라는 점에서 당해 사안에서 문제가 된 해고나 징계가 정당한 것인지 여부는 결국 부

6) jbc(2013), 「[단독] 삼성그룹 ‘노조 무력화 전략’ 담긴 문건 입수」, 2013년 10월 14일 자 보도에 따르면 “110쪽 분량의 문건은 삼성전자 등 노조가 없는 19개 계열사에 노조가 설립될 경우 전 역량을 투입해 조기 와해에 주력하고, 노조가 있는 8개사에 대해선 기존 노조와의 단체협약을 근거로 해산을 추진”하라는 지침을 담고 있다. 한편, ①사건의 원심법원은 이 문건에는 원고 조○○의 이름이 실명으로 직접 언급되고 있으며, 그 내용이 삼성노조 설립과 관련하여 실제 진행된 사실관계와 일치한다는 취지의 판시를 하였다(서울고등법원 2015. 6. 12. 선고 2014누2340 판결).

당노동행위의 성부와 밀접한 관련을 가질 수밖에 없다. 따라서 이를 상호 무관하게 판단하여야 한다는 주장은 노동3권을 보장하기 위한 부당노동행위제도를 무력화할 위험이 있다. 실제로 불이익취급에 의한 부당노동행위로 나아가는 사용자는 항상 자신의 이러한 행위나 의사를 숨기기 위하여 정당한 징계권행사를 한 것처럼 포장한다는 점에서 이러한 견해는 사용자의 부당노동행위의사 은폐의도에 고스란히 속아넘어간다는 비판을 면하기 어렵다. 이러한 측면에서 이른바 결정적 이유설 내지 상당이유설과 같이 양 쟁점들을 상호 연관되어 판단하여야 한다는 견해가 지배적 지위를 점하고 있다.7) 이와 관련하여 대법원은 다음과 같이 상세한 판단기준을 제시한 바 있다. 다만 사안에 따라서는 이 쟁점에 대한 판단기준의 실시를 ① 사건의 위 판정요지와 같이 짧게 제시하는 경우도 있다.

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위로 보아야 하고, 여기서 근로자의 정당한 노동조합활동을 실질적인 해고사유로 한 것인지 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 사용자와 노동조합과의 관계, 해고의 시기, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 해고절차의 준수 여부 기타 부당노동행위 의사의 존재를

7) 이 이론은 부당노동행위의 인정 여부에 관한 결론만을 제시하는 것으로 보이나, 해고의 정당성 판단에도 동시에 영향을 준다. 실제 사건에서는 사용자가 제시한 해고사유가 그 명목성 여부를 떠나 실제한다고 인정되면서도 동시에 사용자의 부당노동행위의사도 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다. 이때, 판단을 담당하는 자(법원 판사 혹은 노동위 공익위원)는 최종적인 결론을 내릴 때 다음과 같은 세 가지의 선택지를 고려할 수 있는 데, (i) 먼저, 양자를 모두 인정하는, 즉 해고가 정당하지만, 사용자는 부당노동행위의 책임을 져야 한다는 결론을 내리거나, (ii) 다음으로 사용자가 제시한 해고사유에 방점을 두어 부당노동행위의사를 부인하거나, (iii) 끝으로, 사용자의 해고를 양정과다 혹은 징계권 남용으로 보아 무효라고 정리하는 방법이다. 그런데, 실제 사례에서 (i)과 같은 판단을 한 사례는 거의 없다는 점에서 결과적으로 실무에서 이 두 청구는 상호 연관되어 판단된다고 볼 수 있다. ① 사건의 원심도 “이 사건 해고는 참가인의 부당노동행위의 의사로 인한 것이므로, 징계양정의 적정 여부에 대한 판단에 있어 이러한 사정도 고려되어야 한다”라고 판시하였다.

한편, 이와 관련하여 부당노동행위의사는 직접 증명(즉, 사용자의 자백)이 불가능해 간접증명에 의존할 수밖에 없는데, 간접증명 역시 쉽지 않다는 점에서 ① 사건에서 결과적으로 (ii)의 결론에 도달하는 사례가 많은 실정인바, 노사분쟁에서 입증책임의 분배문제는 이 점에서도 고민되어야 할 것이다.

추정할 수 있는 제반 사정을 비교·검토하여 종합적으로 판단하여야 한다. 그리고 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합 의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로 부당노동행위에 해당하지 않는다. (대법원 1996. 7. 30. 선고 96누587 판결 등)

삼성은 이른바 ‘무노조경영’으로 유명한데, 이러한 경영방침에 대항하여 설립된 첫 노동조합을 둘러싸고 발생한 사건이라는 점을 고려할 때, 우리나라 기업집단 중 가장 많은 변호사를 고용하고 있고, 변호사, 노무사 등 기작성 같은 노무전문가로부터 자문을 받고 있는 삼성이 위와 같은 쟁점에 대비하지 않은 채 이 사건 관련 징계처분에 나아갔다고 보기는 어렵다. 그렇다면 이 사건에서는 대법원이 위와 같은 상세한 기준을 실시하였을 법도 한데, 판결문에는 모두에 소개한 판결요지의 짧은 문구만을 언급하고 있어 의아하다. 추측컨대 그 이유는 이 사건에서 삼성 측의 부당노동행위의사가 쉽게 입증되었기 때문이라 볼 수 있는데, 그것은 심상정 의원이 공개한 문건의 증명력 때문이라 할 수 있다. 삼성 측은 소송에서 이 문건에 대해선 ‘부지’(즉, 모르쇠)를 주장하였으나,⁸⁾ 원심은 이 문건이 “삼성그룹에 의해 작성된 사실이 추인되므로 변론 전체의 취지에 의하여 이 사건 문건의 진정성립을 인정할 수 있다”라고 판단하였고(각주 6)의 판결), 대법원 역시 이를 정당하다고 판단하였다. 만약 이 문건이 재판에 제출되지 않았다면 과연 이 사건의 결론은 어땠을까?

한편, 유인물배포를 제지한 행위가 지배개입에 의한 부당노동행위에 해당 하는지 여부가 다투어진 ② 사건에서는, 소송의 당사자인 단위노동조합이 산별노조의 하부조직으로 편입된 경우 소송당사자의 지위를 산별노조가 수계할 수 있는지가 문제되었다. 단위노조의 산별노조 지부나 지회로의 조직 변경은 이미 실무상 정착되었다고 볼 수 있는데, 대법원이 처음으로 이를 직접적, 명시적으로 판시하였다는 점에서는 의미가 있다고 볼 수 있다.⁹⁾

8) 서울중앙지검은 2015. 1. 27. 이 문건과 관련하여 노동조합법 위반 등 혐의로 고소·고발된 이건희 삼성전자 회장 등을 무혐의처분 하였다. 이 점을 고려할 때, 수사재기의 위험을 감수하고 이 사건 소송과정에서 삼성이 이 문건이 자신이 만든 것이라 스스로 자인하기는 어려웠을 것이다.

이 사건은 노동조합활동과 관련하여 노사간에 발생하는 전형적인 분쟁 양태를 다루고 있어 대법원의 판시 내용에 법리적으로 특이점은 없지만, 국내 제일의 기업집단인 삼성의 노동3권에 대한 인식과 대응자세를 통해 우리나라의 노동3권이 처한 현실을 절감할 수 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 민주헌법 시행 만 30년을 목전에 둔 지금, 우리 기업 현실에서 노동3권을 규정한 헌법 제33조 제1항이 처한 상황은 아직 겨울이 아닌가.

>> 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

9) 최근에는 오히려 그 반대의 경우가 허용되는지가 논란이 된 끝에 대법원이 일정한 요건하에 이를 인정하기도 하였다. 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 참조

공무원인 근로자를 조직하는 노동조합의 선출직 임원 등의 전보인사를 할 때 노동조합과 사전 협의하도록 하는 것이 단체교섭의 대상이 될 수 있는지의 여부

- 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결 -

【판결요지】

공무원노동법 관련 규정의 내용을 종합하여 보면, 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항이 단체교섭의 대상이 되려면 그 자체가 공무원이 공무를 제공하는 조건이 될 정도로 근무조건과 직접 관련된 것이어야 하며, 이 경우에도 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용은 허용되지 아니한다. 이 법리에 비추어 보면, 노동조합의 임원 등에 대한 인사가 조합원의 근무조건과 직접 관련이 있다고 하기는 어려운 데다가, 사전협의라는 필수적인 절차에 의하여 ○○광역시 △△구청장의 인사권 행사가 본질적으로 제한될 가능성도 있는 만큼, 위 단체협약 조항과 같은 내용은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 해석함이 타당하다.

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’이라고 한다) 제31조 제3항은 “행정관청은 단체협약 중 위법한 내용이 있는 경우에는 노동위원회의 의견을 얻어 그 시정을 명할 수 있다.”고 하고 동법 제93조 제2호는 이 시정 명령을 위반한 자는 500만 원 이하의 벌금에 처한다고 하고 있다. 이들 규정은 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하 ‘공무원노동법’이라고 한다) 제17조 제2항에 의하여 공무원의 노동조합 및 노동관계 조정에 대해서도 적용된다.

이 사건은 공무원노동법에 따라서 설립된 □□□□공무원노동조합 ○○광역시지역본부 △△구지부가 △△구청장과 체결한 단체협약 중 일부 조항들이 위법하다고 하여 고용노동부장관이 노동조합법 제31조 제3항에 따라서 시정 명령을 내리자 □□□□공무원노동조합이 시정 명령의 취소를 구한 것

이다. 이 사건에서 고용노동부장관이 위법하다고 하여 시정명령을 내린 단체협약 조항은 매우 많은데, 그 대략은 다음과 같다.

① 인사조치에 관한 노동조합과의 사전협의를 정한 제24조 제3항 및 순환 전보에 관한 사전협의, 사전협의 등을 정한 제35조 제2, 3, 5항, ② 조례 및 규칙의 제정에 관한 절차에의 참관 및 사전협의 등을 정한 제15조, 제38조, ③ 인원 동원 등에 대한 사전협의를 정한 제18조 제1항, ④ 기능직 공무원의 직급 상향 및 일반직 전환 등에 관하여 정한 제21조, 제43조 제1항, ⑤ 인사 위원회 위원 위촉에 관하여 정한 제37조 제1, 2항, ⑥ 다면평가 및 이에 의한 승진임용 등과 직무성과제에 관하여 정한 제39조 제1 내지 5항, 제45조 제2항, ⑦ 직위공모제 등에 관한 협의를 정한 제40조 제2항, ⑧ 정원 조정에 관한 노동조합의 합의 및 요구 등에 관하여 정한 제44조 제3, 4항, ⑨ 감사의 방침 등에 관하여 정한 제54조 제1, 2항, ⑩ 노동조합의 선출직 임원과 사무 국장의 전보인사를 할 때 노동조합과의 사전협의를 정한 제10조 제3항, ⑪ 제12조 제1항에서 부산광역시 영도구청장이 청사 내에 전용 사무실의 제공 기타 노동조합 활동에 필요한 시설·장비, 차량, 집기 등 비품 일체의 제공을 정한 제12조 제1항이다.

1심 법원은 모든 조항에 관해서 시정명령이 적합하다고 판단하였지만¹⁾, 원심 법원은 ① 내지 ⑨의 조항에 관해서는 1심 판결을 유지하고 ⑩ 및 ⑪의 조항에 관해서는 시정명령을 취소하였다.²⁾ 하지만 대상 판결은 원심 판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송하였다. 이러한 심급의 경과는 단체협약의 위법성을 판단하는 것이 결코 쉬운 것이 아니라는 점을 시사한다. 그런데 이 사안에서는 공무원노조법 제8조 제1항 단서가 공무원이라는 신분을 가진 근로자가 조직한 노동조합의 단체교섭을 대상 사항의 측면에서 제한하여 결과적으로 단체협약 체결권도 제한하고 있다는 점에서 일반 근로자에 의하여 조직된 노동조합에 대한 시정명령의 사례와는 다른 특수성을 가지고 있다. 따라서 이하에서는 ⑩의 사전협의 조항에 관한 공무원노조법 제8조 제1항 단서의 해석과 관련된 판시를 중심으로 살펴보고자 한다.

1) 서울행정법원 2010. 4. 16. 선고 2009구합42069 판결.

2) 서울고등법원 2011. 5. 19. 선고 2010누14192 판결.

공무원노조법 제8조 제1항은 “노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지, 그 밖의 근무조건에 관하여 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장·인사혁신처장·특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사·시장·군수·구청장 또는 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도의 교육감 중 어느 하나에 해당하는 사람과 각각 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.”고 하면서 “다만, 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.”고 하고 있다. 공무원노조법 제8조 제1항의 해석·적용에서 가장 문제가 되는 부분은 바로 동항 단서이다. 단서의 문언을 역으로 이해하면 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항이 단체교섭의 대상이 되려면 그 자체가 공무원이 공무를 제공하는 조건이 될 정도로 근무조건과 직접 관련된 것이어야 한다.³⁾ 이로부터 “근로조건과 직접 관련된 것”이라는 의미가 무엇인가가 문제가 된다. 그런데 대상 판결은 “이 경우에도 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용은 허용되지 아니한다.”라고 하는 제약을 추가하고 있기 때문에 “기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용”이 어떠한 내용인가라는 해석상의 문제가 추가로 제기된다. 따라서 단체협약 시정명령의 취소를 구하는 측에서는 ⑩의 사전협의 조항이 “근로조건과 직접 관련된 것”이라는 점과 “기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용”이 아니라는 점을 모두 입증하여야 하고, 법원은 이를 판단하여야 한다.

이 두 가지 쟁점에 대해서 원심은 전자보다는 후자에 관한 판단에 집중하고 있는 듯하다. 원심은 “위 협약 규정은 조합의 선출직 임원과 사무국장의 전보인사를 단행할 경우 조합과 사전협의하도록 규정하고 있어 비록 지방자치단체장의 구체적 임용권의 행사를 본질적으로 제한하는 것처럼 보이긴 하나, 공무원노조법 제8조 제1항은 노동조합에 관한 사항을 교섭대상으로 정

3) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2010두5097 판결; 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바169 전원재판부 결정.

하고 있고, 이 규정의 단체협약 전체와의 관련과 노사의 관행 등을 감안하여 볼 때, 위와 같은 ‘사전협의’는 노동조합의 간부에 대한 사용자의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 사용자로 하여금 노동조합의 간부에 대한 인사의 내용을 노동조합에 미리 통지하도록 하여 노동조합에게 인사의 공정을 기하기 위하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 노동조합의 의견을 참고자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않는 것이라고 봄이 상당할 뿐만 아니라 이들에 대한 임용권의 행사시에 위와 같은 ‘사전협의’를 거치지 않은 채 행하여졌다고 하여 반드시 그 효력이 없는 것이라고 할 수는 없으므로 이 부분 단체협약이 인사권의 본질적 권한을 침해하는 것으로 단체교섭의 대상이 되지 않는다고 할 수 없다.”고 하고 있다.

이에 대하여 대상 판결은 “노동조합의 임원 등에 대한 인사가 조합원의 근무조건과 직접 관련이 있다고 하기는 어려운 데다가, 사전협의라는 필수적인 절차에 의하여 ○○광역시 △△구청장의 인사권 행사가 본질적으로 제한될 가능성도 있는 만큼, 위 단체협약 조항과 같은 내용은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 해석함이 타당하다.”고 하여 위의 직접 관련성을 부정하고 인사권 행사에 대한 본질적 제한을 긍정하고 있다.

하지만 대상 판결의 이와 같은 해석에는 다소 의문이 든다. 첫째로, 대상 판결은 사전협의조항의 근로조건과의 직접 관련성을 부정하고 있는데, △△구지부의 선출직 임원과 사무국장이 모두 전임자가 아닌 이상, 즉 일부의 선출직 임원이나 사무국장이 공무에 종사하고 있는 이상 이들에 대한 전보인사에 관한 사전협의는 “그 자체가 공무원이 공무를 제공하는 조건”으로서 근로조건과 직접 관련된 사항이라고 보아야 할 것이다. 물론 이 사건 사전협의 조항이 조합활동을 보장하기 위한 목적을 가지고 있지만 그렇다고 하여 공무에 종사하고 있는 선출직 임원과 사무국장의 전보인사에 관한 사항이 근로조건과의 직접 관련성을 가진다는 점이 부정되지는 않는 것으로 이해하여야 할 것이다. 즉, 이러한 경우의 사전협의 조항은 조합활동에 관한 성격과 근로조건에 관한 성격을 병존적으로 가지고 있다고 할 것이다. 둘째로, 이와 같이 근로조건과의 직접 관련성이 긍정되더라도 그것이 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용이어서는 안 될 것이다. 이 사건의 사전협의 조항은 기관의 임용권을 제한하고 있는 것은 분명하지만, 원

심 판결이 지적하고 있고 종래 대법원 판례⁴⁾에서 누차 언급된 것처럼 사전협의를 노동조합 측에 사전에 의견을 제시할 기회를 주고 노동조합으로부터 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않는 것이기 때문에 설사 기관의 임용권에 다소 제한이 있더라도 그것이 임용권의 본질적인 부분까지도 제한하는 것이라고는 할 수 없을 것이다. 이와 같은 사전협의 조항이 임용권의 본질적인 부분까지도 제한한다고 하는 평가는 지나치게 행정편의적인 발상이라고 하지 않을 수 없을 것이다. 나아가 일반 근로자에 의하여 조직된 노동조합과 사용자와의 사이에 체결된 단체협약에 사전협의 조항이 있다고 하여 그것을 전혀 위법하다고 보지 않는다는 점을 생각해 보면 공무원의 근무관계가 공법상 법률관계라고 하더라도 사전협의 조항을 위법한 것으로 보는 것은 단체교섭권을 제한하는 것을 정당화할 만한 근거 없이 공무원의 지위를 일반 근로자에 비하여 상당히 불리하게 하는 것으로 타당하지 않을 것이다.

» 정영훈(헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원)

4) 대법원 1992. 6. 9. 선고 91다41477 판결, 대법원 1992. 9. 22. 선고 92다13400 판결.

공무원 단체협약 시정명령

- 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결 -

【판결요지】

공무원노동법 관련 규정의 내용을 종합하여 보면, 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항이 단체교섭의 대상이 되려면 그 자체가 공무원이 공무를 제공하는 조건이 될 정도로 근무조건과 직접 관련된 것 이어야 하며, 이 경우에도 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용은 허용되지 아니한다고 할 것이다. 이 사건 공무원노동조합의 선출직 임원과 사무국장의 전보인사를 할 때 공무원노동조합과 사전에 협의하도록 정한 단체협약 조항과 관련하여, 공무원노동조합의 임원 등에 대한 인사가 조합원의 근무조건과 직접 관련이 있다고 하기는 어려운데다가, 사전 협의라는 필수적인 절차에 의하여 기관의 인사권 행사가 본질적으로 제한될 가능성도 있는 만큼 이와 같은 단체협약 조항은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다.

이 사건은 전국민주공무원노동조합 부산지역본부 영도구 지부가 부산광역시 영도구청장과 체결한 단체협약 중 일부 규정에 대해 고용노동부가 부산지방노동위원회의 의결을 거쳐 시정명령을 한 사안이다. 이 중 원심(서울고등법원 2011. 5. 19. 선고 2010누14192 판결)과 대상판결이 서로 다르게 판단한 부분은 노동조합의 선출직 임원과 사무국장의 전보인사를 단행할 경우 노동조합과 사전협의하도록 규정하고 있는 조항과 구청장이 노동조합에게 청사 내에 전용 사무실을 제공하고 나아가 그 활동에 필요한 시설·장비, 차량, 집기 등 비품 일체를 제공하여야 한다는 조항이다. 사용자의 노동조합에 대한 지원을 규정한 단체협약 조항이 노조법상 제81조에서 규정하는 부당노동행위에 해당하여 위법하다고 보아 단체협약 시정명령 대상으로 삼는 것은 비단 공무원노동조합에만 국한된 문제가 아니라고 할 것이어서 이하에서는 조합의 선출직 임원과 사무국장의 전보인사에 있어 조합과 사전협의하도록 규정

한 단체협약의 시정명령 대상 여부에 대해서만 검토하도록 한다.

해당 단체협약의 시정명령 대상 여부와 관련하여서는 크게 두 가지 쟁점으로 압축하여 접근이 가능하다. 우선, 공무원노조법 제8조 제1항 단서에서 이른 바 비교섭사항으로 규정하고 있는 사항에 대해 체결한 단체협약이 노조법 제31조 제3항에서 규정하고 있는 위법한 단체협약에 해당하여 시정명령의 대상으로 삼을 수 있는지 여부이고, 두 번째는 만약 공무원노조법 제8조 제1항 단서에서 규정하고 있는 비교섭사항에 대한 단체협약 체결이 위법이라고 판단할 수 있어 시정명령 대상이 된다고 한다면, 이 사건 단체협약 규정이 공무원노조법 제8조 제1항 단서 위반에 해당하는 것으로 볼 수 있는지 여부이다.

공무원노조법 제8조 제1항 단서에서는 법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다고 규정하고 있으며, 동법 시행령 제4조에서는 이를 “1. 정책의 기획 또는 계획의 입안 등 정책결정에 관한 사항, 2. 공무원의 채용·승진 및 전보 등 임용권의 행사에 관한 사항, 3. 기관의 조직 및 정원에 관한 사항, 4. 예산·기금의 편성 및 집행에 관한 사항, 5. 행정기관이 당사자인 쟁송(불복신청을 포함한다)에 관한 사항, 6. 기관의 관리·운영에 관한 그 밖의 사항”으로 구체화하고 있다. 이와 같은 비교섭사항 규정은 다른 노사관계법률인 노조법 및 교원노조법에서는 명문으로 규정하고 있지 않은 특별한 규정이다. 하지만 비교섭사항 규정이 없다고 하여 노조법 및 교원노조법의 적용을 받는 영역의 단체교섭에서 비교섭사항이 부정되는 것은 아니다. 노조법상 비교섭사항에 대한 규정이 없음에도 대법원¹⁾은 정리해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 판단하여 비교섭사항을 인정하고 있다. 또한 교원노조의 경우에는 교원노조법 제6조 제1항에서 “노동조합 또는 조합원의 임금, 근무 조건, 후생복지 등 경제적·사회적 지위 향상에 관하여”라고 규정하여 교섭대상에 대해서만 규율하고 있을 뿐 공무원노조법과 같은 비교섭사항

1) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결.

에 대한 규정은 두고 있지 않지만, 행정해석을 통해 교원노조의 경우도 공무원노조에 견주어 동일한 수준과 내용의 비교섭사항이 인정된다고 보고 있다.

이상과 같이 사용자와 노조 간의 단체교섭에서 비교섭사항은 굳이 법률에서 규정하고 있는지와 관계없이 당연히 존재하는 것이라고 할 수 있으며, 이러한 비교섭사항에 대한 법적 효과는 비교섭사항에 대한 노조의 교섭요구에 대해 사용자가 거부하는 것은 정당한 이유가 있는 것으로 취급하는 정도라고 할 것이다. 즉, 공무원노조법 제8조 제1항 단서 규정은 해당 규정으로 인해 본래 존재하지 않는 비교섭사항을 창설적으로 발생시키는 창설적 규정이라기 보다 공무원의 특수성과 관계 법령 등으로 인해 당연히 비교섭사항이 될 수밖에 없는 사항 등을 확인하는 확인적 규정에 불과하다고 할 것이다. 왜냐하면 노조법과 교원노조법에도 없는 비교섭사항을 공무원노조법에만 특별히 규정하여 반드시 이를 교섭하지 못하게 금지하여야 할 이유가 전혀 없기 때문이다. 따라서 공무원노조법 제8조 제1항 단서 위반을 이유로 한 단체협약의 시정명령은 적절하지 않다고 할 것이다.

다음으로 만약 공무원노조법이 제8조 제1항을 강행규정으로 이해하고 이를 위반하는 단체협약은 당연히 노조법상 시정명령의 대상인 된다고 본다고 하였을 때, 대상판결에서의 단체협약이 공무원노조법 제8조 제1항을 위반한 것으로 볼 수 있는가에 대한 검토이다. 대상 단체협약에 대해 1심(서울행정법원 2010. 4. 16. 선고 2009구합42069 판결)에서는 “공무원의 전보임용, 직책 부여 등은 각 지방자치단체의 장이 법령에 의하여 부여받은 인사권의 내용에 속하는 것으로 지방공무원법 등 관계법령과 법령의 위임을 받아 제정된 각 인사관리규정에 의하여 실시되어야 할 것으로서 전보임용을 함에 있어 이 부분 단체협약규정과 같이 조합과 협의 또는 합의하거나 사업부서에 먼저 배치하여야 한다는 제한은 법령 또는 법령의 위임을 받아 규정되어야 할 인사권을 근거 없이 제한할 뿐 아니라 위 사항들은 구체적인 임용권의 행사에 관한 것으로서 공무원의 근무조건과 직접 관련된 것이라 볼 수도 없어 단체교섭의 대상이 될 수 없다.”고 판시하였지만, 원심에서는 이와는 달리 “조합의 선출직 임원과 사무국장의 전보인사를 단행할 경우 조합과 사전협의하도록 규정하고 있어 비록 지방자치단체장의 구체적 임용권의 행사를 본질적으로 제한하는 것처럼 보이긴 하나, 공무원노조법 제8조제1항은 노동조합에 관한 사항을 교섭대상으로 정하고 있고, 이 규정의 단체협약 전체와의

관련과 노사의 관행 등을 감안하여 볼 때, 위와 같은 ‘사전협의’는 노동조합의 간부에 대한 사용자의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 사용자로 하여금 노동조합의 간부에 대한 인사의 내용을 노동조합에 미리 통지하도록 하여 노동조합에게 인사의 공정을 기하기 위하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 노동조합의 의견을 참고자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않는 것이라고 봄이 상당할 뿐만 아니라 이들에 대한 임용권의 행사시에 위와 같은 ‘사전협의’를 거치지 않은 채 행하여졌다고 하여 반드시 그 효력이 없는 것이라고 할 수는 없으므로(대법원 1992. 6. 9. 선고 91다41477 판결, 대법원 1992. 9. 22. 선고 92다13400 판결 참조), 이 부분 단체협약이 인사권의 본질적 권한을 침해하는 것으로 단체교섭의 대상이 되지 않는다고 할 수 없다.”고 판시하였다. 1심과 2심이 서로 다르게 판단한 본 단체협약에 대해 대상판결은 “진보 등 임용권의 행사에 관한 사항은 그 내용 자체가 근무조건과 직접 관련되어야만 단체교섭의 대상이 될 수 있으며, 이 경우에도 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하는 것은 허용될 수 없다는 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 노동조합의 임원 등에 대한 인사가 조합원의 근무조건과 직접 관련이 있다고 하기는 어려운데다가, 사전협의라는 필수적인 절차에 의하여 부산광역시 영도구청장의 인사권 행사가 본질적으로 제한될 가능성도 있는 만큼, 위 단체협약 조항과 같은 내용은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 해석함이 타당하다.”고 판단하였다. 즉, 1심판결과 대상판결에서는 법 위반으로 본 반면, 원심은 이를 법 위반에 해당하지 않는다고 보았는데, 다르게 본 가장 큰 이유는 단체협약에서 규율하고 있는 것이 노동조합에 관한 사항인지 여부와 해당 단체협약이 임용권자의 인사권에 대한 본질적·근본적 침해인지 여부에 대한 판단의 차이였다고 보여진다. 원심은 교섭 대상이 되는 노동조합에 관한 사항이고, 사전협의만을 규율하고 있으므로 인사권에 대한 침해라고 보지 않은 반면, 대상판결은 노동조합에 관한 사항으로 접근하지 않고 노조 간부에 대한 사항은 조합원의 근무조건과 직접 관련이 없다고 보면서 사전협의만으로도 인사권에 대한 침해가 가능하다고 보았다.

사건으로는 대법원이 해당 단체협약에 대한 이해 부족으로 이와 같이 판단한 것이라고 생각된다. 우선 해당 단체협약을 통해 노조가 추구하고자 하는 목적은 인사에 있어 노조 임원을 조합원에 비해 우대하기 위함이 아니라

조합활동을 주도적으로 하여야 할 임원의 인사가 사용자에 의해 남용되어 조합활동을 위축시키거나 방해하는 것을 방지하기 위함이라고 할 수 있다. 즉, 단체협약의 내용은 노조 임원의 인사에 대해 규율하고 있지만 그 본질은 조합활동이라고 할 수 있고, 이는 공무원노조법 제8조 제1항에서 정하고 있는 ‘노동조합에 관한 사항’으로서 당연히 교섭대상이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 사전협약의 부분도 원심에서 밝히고 있다시피 사전협약의 임용권자의 인사권에 직접적으로 영향을 미친다거나 이를 결한 인사권 행사를 무효로 한다거나 하는 등의 절차가 아니기 때문에 사전협약의 조항을 가지고 인사권 행사의 본질적 제한 가능성을 언급하는 것은 지나친 해석이 아닐 수 없다. 이는 지금까지 대법원이 그간 단체협약상의 합의가 아닌 협의 조항에 대해 어떠한 법적 효력도 인정하고 있지 않은 것을 감안하면, 매우 모순된 판단이라고 하지 않을 수 없다.

이상과 같이 대상판결은 노조법상 단체협약 시정명령 제도의 의의, 공무원노조법상 비교섭사항의 취지, 단체협약의 본질적 의미에 대한 전체적인 오해에서 비롯된 적절하지 않은 판단이었다고 할 것이다. 특히 공무원노조법상 비교섭사항에 대한 규정이 추상적이어서 해당여부를 명확하게 판단할 수 없는 상황에서 이에 대한 위반을 이유로 한 단체협약 시정명령은 지양될 필요가 있다고 생각된다.

» 오세웅(고려대학교 강사)

해고자 가입을 이유로 한 범외노조 통보는 위법하므로 ‘노동조합’ 명칭 사용은 무죄다

- 대법원 2017. 6. 29. 선고 2014도7129 판결 -

【판결요지】

기업별 노동조합이 아닌 초기업적 노동조합으로 설립신고를 마친 이 사건 노동조합이 그 규약에서 해고된 사람 또는 실업상태인 사람의 조합원 가입을 허용하고 있더라도 노조법 제2조 제4호 (라)목에 위배되는 것은 아니어서 노조법 시행령 제9조 제2항 및 노조법 제12조 제3항 제1호에 따른 범외노조 통보의 사유가 될 수 없다.

인천A일반노동조합은 ‘인천지역 내 A사 계열 사업장에 종사하는 정규직, 비정규직, 사내하청, 협력업체 노동자’를 조직대상으로 2003. 2. 행정관청으로부터 노동조합 설립신고증을 교부받은 후 노동조합 명칭을 인천A일반노동조합에서 ‘A일반노동조합’(이하, ‘A일반노조’)으로 변경하고, 2003. 3. 규약을 변경하여 ‘A그룹 전 계열사 및 그 산하 사내하청업체, 협력업체에 종사하는 노동자 및 종사하다가 해고된 노동자들’의 가입을 허용하는 내용으로 규약을 변경하였다. 행정관청은 ‘해고자는 근로자가 아니며, A일반노조는 인천지역 단위노조이므로 모든 A그룹계열사 노동조합과 같이 인천지역을 초월한 조직대상으로 조합원을 가입시킬 수 없음’을 들어 A일반노조에 규약시정을 명하였다. 해당 행정관청은 2003. 8. 규약 시정요구에 응하지 아니한다는 이유로 「노동조합 및 노동관계조정법’(이하, ‘노조법’) 시행령 제9조 제2항에 따라 노조법상 노동조합으로 보지 아니한다고 통보(이하, ‘범외노조 통보’)하였다. 범외노조 통보를 받은 이래로 2013. 7. 초까지 A일반노조는 집회를 개최하면서 또는 홈페이지를 운영하면서 ‘노동조합’이라는 명칭을 계속 사용하였다. 이에 검사는 위 A일반노조의 대표자(피고)를 노조법 제7조 제3항(“이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없다.”)에 위반하여 제93조 제1호(위 규정 위반의 벌칙)에 해당한다고

형사기소하였다. 대상판결은 위 판결요지의 내용으로 피고에 대해 무죄를 확정하였다. 1심, 2심 및 대법원 모두 피고에게 무죄를 선고하였는데, 2심과 대법원은 1심과는 맥락을 달리하고 있다.

먼저 1심(인천지방법원 부천지원 2014. 1. 9. 선고 2013고정1291 판결)¹⁾ 견해를 보면 다음과 같다.

첫째, 노조법 제7조 제3항의 요건은 문언상 이 법에 의하여 ‘설립’된 노동조합이 아닌 경우로 규정하고 있으므로 노조법상 신고주의에 입각한 설립을 하지 아니한 채 혹은 설립되기 전에 노동조합의 명칭을 사용한 경우를 처벌하는 규정이라는 점이다. 특히 죄형법정주의의 취지에 비추어 형벌법규의 해석은 엄격해야 하고, 명문의 형벌법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 허용되지 않는다. 때문에 이미 설립된 노동조합에 대하여 법상노조 부인통보를 받은 노동조합까지도 포함된다고 해석하는 것은 형벌법규를 지나치게 유추 또는 확장해석하는 것이다.

둘째, 노조법은 모범이 아니라 시행령(제9조 제2항)에 노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우 행정관청은 30일 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당해 노동조합에 대하여 ‘이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보’하도록 규정하고 있다는 점이다. 위 시행령은 모범인 노조법에 위임규정이 없는 것으로 위헌의 소지가 있다.²⁾ 대상판결은 이와 같은 위헌성 논란을 별론으로 하더라도 위 법외노조 통보를 받은 경우까지 노조법 제7조 제3항에 포함하여 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 명백히 벗어나서 지나치게 확장해석하는 것이라고 판시하였다.

셋째, 1심은 “노동조합의 설립을 신고에 의하게 하고 설립된 노동조합이

1) 이에 대한 평석은 강선희(2014), 「법상노조 부인통보 후 ‘노동조합’ 명칭 사용이 노조법 위반인지 여부」, 『노동법학』 제50호, 한국노동법학회, pp.383~386 참조.

2) 노조법 시행령 제9조 제2항의 위헌·위법성 여부에 대하여 강선희(2014), 「설립신고증을 교부받은 노동조합에 대한 행정관청의 사후심사와 법외노조통보」, 『노사저널』 3월호, 노사신문사, p.12 이하 참조. 이와 관련하여 헌법재판소(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671·2014헌가21 결정)는 시행령인 법외노조 통보 조항에 대한 헌법소원은 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하여 심판청구 부분은 부적법하여 각하결정을 하였다.

아니면 노동조합의 명칭을 사용할 수 없게 하면서도, 설립 이후에는 변경신고나 정기적인 통보의무만을 규정할 뿐 이미 설립된 노동조합의 명칭 사용에 관해서 어떠한 금지조항도 없고 행정벌이나 형사벌을 동원한 규제조항도 없"다는 점을 논거로 제시하고 있다. 즉 "노조법에 명시적으로 금지조항이나 처벌규정이 없음에도 불구하고 노동조합 설립 후 노조법 시행령에 기한 행정관청의 통보에 의한 노동조합 명칭 사용 허부문제를 억지로 노조법 제7조 제3항에 포함시켜 해석"하는 것은 노조법의 취지나 입법목적에도 반한다고 할 것이다.

1심 판결이 노동조합의 형식적 요건 측면에서 접근하였다면, 2심과 대법원은 법외노조 통보의 실체적 요건인 그 사유의 정당성 측면에서 접근하였다고 볼 수 있다.

첫째, 위 [판결요지]와 같다. 노조법 제2조 제4호는 노동조합으로 보지 아니하는 경우로서 (라)목에 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'라고 규정하고 있고, 이때 '근로자'(노조법 제2조 제1호)는 노동3권의 향유주체인 근로자로서 반드시 사업장에 고용되어 있는 근로자에 한정하지 아니하고 현실적으로 취업중인 근로자뿐만 아니라 실업중인 근로자 또는 해고된 근로자라고 하더라도 자신의 노동력을 제공하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입을 받아 생활할 의사나 능력이 있는 자를 의미하는 것으로 해석된다. 또한 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서("해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.")는 기업별 노동조합의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서 일정한 사용자와의 종속관계가 전제되지 아니하는 산업별·직종별·지역별 노동조합이 아니라, 기업별 노동조합의 조합원이 해고되어 그 근로자성이 부인될 경우에만 한정적으로 적용된다고 보아야 한다. 때문에 초기업 노동조합인 A일반노조에 실업자 내지 해고자가 있다는 이유로 법외노조 통보를 한 것은 위법하다.

둘째, A일반노조가 인천지역을 초월하여 다른 지역 근로자까지 조직 대상으로 삼고 있다는 사정 또한 법외노조 통보의 사유가 되지 못한다. A일반노조가 애초에 인천지역을 대상으로 설립되었다고 하더라도 규약을 변경하여 전국을 대상으로 하였다면 이는 조합자치의 영역이다. 노동조합이 조직대상

을 전국, 지역, 산업별 내지 직종별로 할지는 전적으로 단결의 자유에 속한다.

대법원과 2심은 이 사건 법외노조 통보가 위법한 이상 ‘이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아닌’ 경우를 해석함에 있어 적법하게 설립되었으나 이후 법외노조 통보를 받은 노동조합이 포함된다고 해석하는 것이 형벌법규의 지나친 확장해석 또는 유추해석이어서 죄형법정주의에 반하는지 여부는 살필 필요 없이 A일반노조의 대표에게 무죄를 확정하였다.

필자는 이미 지난 글³⁾에서 이미 설립된 노동조합이 법외노조 통보를 받은 경우뿐만 아니라 설립단계(설립신고를 하지 않거나 설립되기 이전)의 경우라도 ‘노동조합’ 명칭 사용은 허용하여야 하며 이에 대한 벌칙은 삭제하는 것이 바람직하다고 밝힌 바 있다. 일찍이 헌법재판소(헌법재판소 2008. 7. 31. 2004헌바9 결정)는 위 노조법 제7조 제3항과 제93조 제1호에 대하여 합헌을 선언한 바 있으나 입법적으로 개선하는 것이 타당할 것이다. ‘노동조합’이란 명칭은 노조법이 창설한 것이 아니라 노조법 이전에 역사적으로 존재하는 것이기 때문이다.

» 강선희(법학박사)

3) 강선희(2014), 「법상노조 부인통보 후 ‘노동조합’ 명칭 사용이 노조법 위반인지 여부」, 『노동법학』 제50호, 한국노동법학회, pp.383~386.

노동조합 운영상황 등에 대한 조합원의 열람청구권의 범위와 등사(복사)청구권 인정 여부

- 서울고등법원 2016. 10. 14. 선고 2015나2054842 판결* -

【판결요지】

조합원의 노조 운영상황 등의 열람청구권에는 노조법 제14조 및 같은 법 시행규칙 제8조에 규정된 재정에 관한 장부와 서류가 포함되나, 등사청구권은 포함되지 않는다.

A노조(지부)는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’이라 함) 제26조의 규정¹⁾에 따라 노동조합의 수입, 지출 부분을 기재한 감사보고서 및 운전직 상호회 회계감사 보고서를 공개하였다. A노조의 위 보고서 공개이후 조합원들이 노조사무실을 방문하여 조합비 및 상호회비의 모든 재원 및 용도, 현재의 경리상황 등에 대한 감사결과 및 그에 대한 구체적인 내역과 근거자료(조합비 지출에 대한 영수증 등 증빙자료), 회계연도별 결산결과와 운영상황의 공개 및 열람을 요구하였다. A노조는 위 요구가 정당한 이유도 없고 이를 수용할 경우 다른 조합원들의 열람요구에 대하여도 모두 응할 수밖에 없어 정상적인 조합업무수행이 불가능하다고 판단하여 조합원들에게 감사보고서와 회계감사보고서에 한하여 열람이 가능하다고 통보하였다. 그러자 조합원들이 A노조를 상대로 ‘과거 3년간 연맹 및 지부에 대한 의무금의 내역과 그 거래 통장사본, 직무수당(지부장, 총무), 제수당, 사무장 인건비와 관련한 지급근거, 그 거래 통장사본/ 기밀비, 회의비, 교류비, 대내경조비, 비품비, 사무장비 등 운영비와 관련한 내역과 증빙서류 및 그 거래 통장사본 등의 열람 및 등사(복사)’를 구하는 내용의 소를 제기하였다. 이 사건의 법적

* 이 서울고등법원 판결은 대법원 2017. 2. 15. 선고 2016다264037 판결에서 심리불속행 기각으로 확정되었다.

1) 노조법 제26조(운영상황의 공개) 노동조합의 대표자는 회계연도마다 결산결과와 운영상황을 공표하여야 하며 조합원의 요구가 있을 때에는 이를 열람하게 하여야 한다.

쟁점은 조합원에게 어디까지 열람청구권을 보장할 것인지, 그리고 그 열람 청구권에 등사(복사)청구권까지 포함하는지 여부에 있다.

1심 법원(서울중앙지방법원 2015. 9. 22. 선고 2015가합522663 판결)은 노조법 제26조 규정은 그 문언해석상 ‘결산결과와 노동조합의 운영상황만을 열람’하도록 할 의무를 부과하고 있을 뿐이지 ‘조합원들의 주장과 같은 범위의 회계장부 및 그 증빙자료 등의 열람 및 등사의무’까지 인정하고 있다고 보기 어렵다고 판단하여 조합원의 청구를 기각하였다. 기각의 주요 논거로 1심 법원은 위의 문언해석 외에 열람 및 등사청구권을 아무런 제한 없이 인정하는 것은 노동조합 업무를 과중하게 하여 과도한 비용을 발생시킬 우려가 있고, 내부항쟁의 수단 및 단체 또는 기관에 대한 명예훼손 등 다른 목적으로 남용될 수 있으며, 회계감사를 실시하고 그 감사결과를 공개하도록 하는 방법으로 노동조합의 건전성을 도모하는 노조법 제25조의 취지에 반할 수 있다는 점을 제시하고 있다. 그리고 1심 법원은, 조합원은 노조법 제25조2), 제26조에 의하여 회계감사결과, 결산결과 및 운영상황의 공개에도 불구하고 회계장부 및 그 증빙자료 등을 열람 및 등사하여야 할 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 노조법 제14조 및 같은 법 시행규칙 제8조제3) 의하여 노동조합에 비치된 서류를 열람 및 복사할 수 있다고 실시하면서 이 사건 청구는 그러한 상당한 이유가 없다고 판단하여 기각하였다.

대사판결인 서울고등법원 판결은 우선 조합원의 열람청구권의 범위에 관련하여 ‘노조법 제14조와 같은 법 시행규칙 제8조에 따라 비치·보존하고 있는 재정에 관한 장부와 서류’를 열람할 권리가 있다고 보아 일정기간에 대

-
- 2) 노조법 제25조(회계감사) ① 노동조합의 대표자는 그 회계감사원으로 하여금 6월에 1회 이상 당해 노동조합의 모든 재원 및 용도, 주요한 기부자의 성명, 현재의 경리상황 등에 대한 회계감사를 실시하게 하고 그 내용과 감사결과를 전체 조합원에게 공개하여야 한다.
 ② 노동조합의 회계감사원은 필요하다고 인정할 경우에는 당해 노동조합의 회계감사를 실시하고 그 결과를 공개할 수 있다.
 - 3) 노조법 제14조 제1항은 비치해야 할 서류로 조합원 명부, 규약, 임원의 성명·주소록, 회의록, 재정에 관한 장부와 서류를 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 ‘회의록’과 ‘재정에 관한 장부와 서류’를 3년간 보존하도록 규정하고 있다. 같은 법 시행규칙 제8조는 ‘재정에 관한 장부와 서류’로 예산서, 결산서, 총수입원장 및 총지출원장, 수입 또는 지출결의서, 수입관계장부 및 증빙서, 지출관계장부 및 증빙서, 자체회계감사 관계서류를 열거하고 있다.

한 ‘경리장부/ 직무수당(지부장, 총무), 제수당, 사무장 인건비 관련 지출 근거, 증빙서류/기밀비, 회의비, 교류비, 대내경조비, 비품비, 사무잡비 등 지출 관련 지출전표, 지출결의서, 증빙서류’에 대한 조합원의 열람청구권을 인정하였다. 대상판결은 노조법 제14조와 같은 법 시행규칙 제8조에 ‘비치’, ‘보존’만을 규정하고 ‘열람’에 대해서는 명시적인 규정을 두고 있지 않으나 다음과 같은 논거로 열람할 권리가 있다고 판단하였다. 그 논거로 ① 위 규정의 취지는 노동조합 재정의 민주성과 투명성을 확보하는 데에 있고, 또한 각종 장부를 비치하여 조합원들이 재정상황과 운영에 관한 정보를 얻을 수 있게 함으로써 노동조합이 자율적으로 내부 문제를 시정할 수 있게 하여 단결자치를 실질적으로 보장하고자 하는 데에도 있으며, 노동조합의 재정적 기반은 조합비에 의존하고 있는바 조합비 운영의 공개는 조합민주주의 원칙에 부합하는 점, ② 노조법 제26조에서 규정하고 있는 ‘공표’란 ‘여러 사람에게 널리 드러내어 알람’의 의미여서 열람을 당연한 전제로 하는 것이므로, ‘조합원의 요구가 있을 때에는 이를 열람하게 하여야 한다’에서 열람대상은 공표물뿐 아니라 공표물의 결산결과와 운영상황에 관련하여 A노조가 비치, 보관 중인 자료까지 포함한다고 봄이 상당한 점, ③ 재정에 관한 장부와 서류를 3년간 보존하게 한 것은 조합원의 열람권이 침해됨을 방지하기 위한 측면도 있는 점, ④ 노동조합이 자신의 재정집행을 조합원에 대해 기밀로 두어야 할 합리적인 이유를 찾아보기 어려움 점을 들고 있다. 타당하다고 생각한다.

다음으로 대상판결은 조합원의 열람청구권에 등사(복사)청구권은 포함되지 않는다고 판단하였다. 그 논거로 ① 등사청구는 등본(복사본)을 외부로 가져가는 것을 목적으로 하는 것인데 노조법에 조합원에게 재정과 관련된 장부와 서류의 등본을 외부로 반출할 권리까지 보장하는 취지의 규정을 찾을 수 없는 점, 그리고 외부로 반출될 경우 제3자에게 노조의 재정에 관한 장부와 서류가 유출될 우려가 있고 이로 인해 노조의 자주적 운영이나 전체 이익이 저해될 우려가 있는 점, ② 때에 따라서 이를 널리 허용할 경우 노동조합의 업무수행이 저해될 가능성이 있는 점, ③ 열람권을 인정함으로써 노동조합의 민주적이고 투명한 운영의 제고가 충분히 가능하다는 점, ④ 등사의 필요성이 있다면 조합원 총의로 조합규약에 이에 관한 규정을 둘 수 있는 점 등을 제시하였다.

조합원의 운영상황 등에 대한 열람청구권과 관련된 분쟁은 대상판결과 같이 ‘열람 등 허가청구의 소’와 같은 민사소송으로 제기되거나, 노조법 제21조 제2항에 따라 이해관계자의 신청에 의해 행정관청이 노동위원회의 의결을 거쳐 노동조합에 시정명령을 내리는 방식으로 진행되었다. 그간 조합원의 노동조합 운영상황 등에 대한 열람청구권의 내용과 범위에 대해 일부 하급심과 행정해석은 열람청구권의 범위와 관련하여 조합재산에 관한 자료에 한정하지 않고 노동조합 운영과 관련한 전반적인 사항으로 확대하면서 이에 복사할 권리도 포함된다고 보았다. 금번 판결은 조합원의 열람청구권의 범위를 확정하고, 이에 복사할 권리는 포함되지 않는다는 기준을 제시하였다는 측면에서 의의가 있다고 할 것이다.

» 강선희(법학박사)

케이티(KT)노동조합의 조합원총회결의가 무효인 이유

- 서울고등법원 2017. 3. 24. 선고 2016나2033477 판결 -

【판결요지】

노동조합법 제11조 제6호 제14호는 노동조합 대의원의 선거절차 등에 관한 사항을 규약으로 정하고, 변경이 필요한 경우 노동조합법 제16조, 제17조와 KT노조 규약 제21조 제6호, 제25조에 따라 총회 또는 전국대의원대회의 결의를 거쳐 개정할 수 있도록 하는 등 ‘선거절차 등에 관한 규약의 제정과 개정’을 노동조합의 자율에 맡기고 있다. 이와 같은 규약의 제정 또는 개정의 목적과 관련하여 노동조합법 제11조는 ‘노동조합의 자주적 운영의 보장’과 함께 ‘민주적 운영의 보장’을 병렬적으로 열거한다. 이에 비추어 보면, 헌법에서 규정한 노동 3권을 실효적으로 보호하기 위해서는 노동조합의 자주적인 결의나 활동도 최대한 보장되어야 하지만, 나아가 노동조합이 ‘자주적 운영’이라는 이름으로 조합민주주의의 취지와 정신을 훼손한다든지 노동조합 내 소수자의 조합문제(운영) 참여권을 본질적으로 침해하는 것까지 허용되는 것은 아니다.

KT노조 조합원총회의 제1결의(중전과 달리 대의원을 지부별로 1명씩만 선출하는 것으로 규약을 개정한다는 내용)는 ‘헌법이 보장하는 조합원의 기본적인 인권을 필요하고 합리적인 범위를 벗어나 과도하게 제한할 뿐만 아니라 조합민주주의의 본질을 훼손하는 것’이므로, 노동조합법 제16조 제4항, 제22조에 위배되어 무효이다.

2009년 3월 이전 KT노조는 지부 단위로 직접·비밀·무기명투표 방식으로 대의원을 선출하되, 지부 조합원이 100명 이상일 경우 조합원 100명 단위로 1명의 대의원을 선출할 수 있게 되어 있다. 그런데 KT노조는 대의원 선출방식을 변경하기 위하여 2009. 3. 25. 전국대의원대회에서 노동조합법 제17조 제2항에 반하여 ‘대의원을 간접선거 방식으로 선출한다’는 내용의 규약 개정을 결의하였다. 대의원을 간접선거로 선출하는 방식에 대하여는 이미 대법원이 ‘노동조합의 최고의결기관인 총회에 갈음할 대의원회의 대의원을

조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출하도록 규정하고 있는 취지는, 노동조합의 구성원인 조합원이 그 조합의 조직과 운영에 관한 의사결정에 관여할 수 있도록 함으로써 조합 내 민주주의, 즉 조합의 민주성을 실현하기 위함에 있고 이는 강행규정이라고 할 것이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 위 법 조항에 위반하여 조합원이 대의원의 선출에 직접 관여하지 못하도록 간접적인 선출방법을 정한 규약이나 선거관리규정 등은 무효라고 보았다(대법원 2000. 1. 14. 선고 97다41349 판결). 따라서 당연히 이 결의에 대하여 중부지방법노동청 성남지청이 2010. 7. 23. 시정명령을 발하자 KT노조는 2010. 10. 28. 조합원총회에서 종전과 달리 KT노조의 대의원을 지부별로 1명씩만 선출하는 것으로 규약을 개정한다는 내용의 이 사건 제1결의를 하였다. 사실 제1결의는 이전의 위법한 규약 개정에 대한 관할관청의 시정명령에 대응하여 특정 조합원의 대의원 선출을 막기 위하여 이루어졌을 뿐이다.

2016년 1월을 기준으로, KT노조는 12개의 지방본부, 252개의 지부로 구성되고, 소속조합원은 18,105명에 이른다. 제1결의에 따를 경우, 지방본부나 지부는 규모·조합원 수와 관계없이 각각 1명의 대의원만을 선출할 수 있다. 당시 소속조합원 수가 20명 미만인 지부는 85개에 이른다. 반면 본사지부에 소속된 조합원은 1,648명이다. 조합원이 1,648명에 해당하는 본사지부나 조합원이 10명인 향동지부 및 수영지부 모두 각각 1명의 대의원만을 선출할 수 있는데, 산술적으로 계산할 경우 이들 지부에 소속된 조합원 1인의 투표가치는 164.8배(=1,648명/10명) 정도 차이를 보이고 있다.

조합원 수와 지부 대의원 수의 비율을 보면, 상대적으로 많은 수의 조합원이 밀집된 지방본부는 12개에 불과하지만, 20명 미만의 극소수 조합원으로 구성된 지부는 85개에 이른다. 20명 미만의 소수 조합원으로 구성된 지부에서 선출된 대의원은 전체 대의원의 32.19%(=85개 지부/(12개 지방본부+252개 지부)×100%)를 차지하지만, 많은 수의 조합원으로 구성된 지방본부에서 선출된 대의원은 전체 대의원의 약 4.55%(=12개 지부/(12개 지방본부+252개 지부)×100%)만을 차지한다. 또한 소속조합원 수를 기준으로 보더라도, 85개 지부의 조합원을 전부 합한 수(합계 1,285명)는 전체 조합원(합계 18,105명)의 약 7.1%(=1,285명/18,105명×100%)에 불과한데, 이는 1명의 대의원만을 선출할 수 있는 본사지부에 소속된 조합원 수(합계 1,648명)에도 미치지 못한 수

준으로 조합원의 의사를 왜곡할 위험이 있다.

그 결과 근로자 A는 대의원 선거에서 본사지부 소속조합원 1,648명 중 544명의 표(42.2%)를 획득하고도 대의원으로 선출되지 못하였다. 이에 일부 조합원들은 대의원을 지부별로 1명씩만 선출한다는 내용의 제1결의는 지부별로 대의원 선거에 참여할 수 있는 조합원 수에 현격한 차이가 있는 점에서 평등선거의 원칙에 반할 뿐만 아니라 ‘조합원이 균등하게 조합문제(운영)에 참여할 권리’를 침해하는 것이고, 따라서 제1결의는 노동조합법 제16조 제4항, 제22조에 반하여 무효라고 주장하였다.

반면 KT노조는 약 90%의 조합원 찬성으로 의결된 제1결의는 민주적 정당성을 갖춘 것이며, KT노조의 규약은 자치규범으로서 최대한 존중되어야 한다고 항변하였다. 또한 KT노조 조합원의 인원수에 비례하여 대의원을 선출하는 종전 방식이 ‘KT노조 전체의 균형 있는 이익을 반영하지 못한다’는 비판이 제기되었고, 이에 따라 대의원의 지역대표성을 강화할 필요성이 제기되면서 제1결의를 하게 되었다는 점을 강조하면서, 제1결의가 노동조합법에 위반되지 않는다고 주장하였다.

노동조합의 자주성과 민주적 운영은 노동조합의 존립기반이자 근간이다. 대법관결도 이를 재차 확인하고 있다. 노동조합은 ‘근로자들이 자신들의 이익을 옹호하기 위하여 자주적으로 결성한 임의단체’로서 내부 운영과 관련하여 조합규약 등에 의한 자치가 보장되므로, ‘노동조합이 조합규약에 근거하여 자체적으로 만든 규정’은 일종의 자치적 법규범으로서 소속 조합원에 대하여 법적 효력을 가진다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다43567 판결 참조). 그러나 그러한 자치적 법규범을 제정하거나 개정할 때 헌법에서 보장하는 조합원 개개인의 기본적 인권을 ‘필요하고 합리적인 범위’를 벗어나 과도하게 침해 내지 제한하여서는 아니 되고, 이와 같은 내용이 강행법규에 위반되어서는 아니 되는 등의 제한이 따른다. 결국 이와 같은 제한에 위반된 자치적 법규범의 규정은 무효라고 보는 것이 타당하다(대법원 2002. 2. 22. 선고 2000다65086 판결 참조)고 판시하고 있다.

KT노조의 전국대의원대회는 조합원 총회를 제외한 KT노조의 최고 의결기구로서, 규약의 제정 및 개정에 관한 사항, 위원장을 제외한 임원에 관한 사항, 사업계획 심의 및 예산편성 승인에 관한 사항, 노동쟁의발생 결의에 관한 사항, 단체교섭권 위임에 관한 사항 등을 비롯한 조합의 운영에 관한

중요 사항뿐만 아니라 조합원의 권리·의무에 중대한 영향을 미치는 사항까지 결정한다. 이와 같은 대의원 또는 전국대의원대회의 중요성에 비추어 보면, 조합원의 대의원 선거권과 피선거권은 노동조합 운영에 관한 조합원의 핵심적인 권리에 해당한다. 그러므로 KT노조의 대의원은 민주적 정당성을 갖춘 절차에 따라 선출되어야 할 뿐만 아니라, 조합원의 총의를 반영할 수 있는 선거구조하에서 선출하여야 한다는 점은 자명하다.

이러한 조합민주주의와 직결되는 기본원칙을 ‘전국을 하나의 네트워크로 연결하면서 신속·정확을 기업 이념’으로 삼는 굴지의 최첨단 통신업체 사업장에 바탕을 둔 KT노조가 몰랐다고 보기 어렵다. 결국 종전과 달리 대의원을 지부별로 1명씩만 선출하는 것으로 규약을 개정한다는 것은 노동조합의 운영방침에 반대하는 소수 조합원의 민주적인 참여를 제도적으로 차단하려는 의도라고 볼 수밖에 없다. 그리고 ‘대의원의 지역대표성 강화’를 위해 조합원의 수를 고려하지 않고 모든 지부별로 1명씩 선출한다고 KT노조가 주장하였지만, 투표가치의 불균형이나 선거참여자의 피선거권 제한에 따른 심각한 부작용을 최소화할 수 있는 다양한 방안을 강구하지 아니한 점에서 받아들이지 않았다.

대상판결은 조합원이 많은 본사지부에서 대의원 수를 극단적으로 제한할 경우 임원으로 선출되려는 조합원의 참여권이 원천봉쇄될 수 있고, 이는 조합원의 기본적인 인권을 과도하게 제한하여 조합민주주의의 본질을 훼손한다고 명확히 밝혔다. ‘비정상의 정상화’이다.

» 노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

공정대표의무의 범위와 차별의 증명책임

- 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70088 판결¹⁾ -

【판결요지】

(가) 「교섭대표노동조합과 사용자에게 부과된 공정대표의무는 헌법이 노동조합과 근로자에게 부여하고 있는 기본권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하며, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구단일화 절차에 참여한 소수노동조합에게도 미치도록 하는 정당성의 기초를 제공하고 있는데, 이러한 공정대표의무의 기능에 비추어 볼 때 공정대표의무는 단체교섭 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 교섭을 전후하여 노동조합 간 그리고 조합원 간의 이해를 조정하는 전 과정에서 준수되어야 하고, 나아가 위와 같은 공정대표의무의 취지에 비추어 교섭대표노동조합의 공정대표의무는 교섭대표행위를 함에 있어 불합리한 차별을 하여서는 안 된다는 소극적 의미에 그치는 것이 아니라 경우에 따라서는 소수노동조합이 받는 불합리한 차별을 제거하기 위해 노력해야 하는 적극적 의무까지 포함하는 것으로 볼 수 있다.

(나) 「사용자나 교섭대표노동조합이 교섭창구단일화 절차에 참여한 다른 노동조합을 교섭대표노동조합과 다르게 대우하는 경우, 차별의 존재 여부에 관한 입증책임은 이를 주장하는 소수노동조합이 부담하고, 차별이 입증된 경우 그와 같은 차별에 합리적 이유가 있는지 여부는 이를 주장하는 교섭대표노동조합과 사용자가 부담한다고 해석하는 것이 타당」하다.

공정대표의무의 범위에 관해 매우 유익한 판결이 나왔다. 이 사건의 원고(항소인)는 교섭대표노동조합이고, 피고(피항소인)는 중앙노동위원회회원장이며 피고보조참가인(이하 ‘참가인’)은 소수노동조합이다.²⁾ 원래 이 사건에서는 사용자와 교섭대표노동조합의 공정대표의무위반과 함께 사용자의 부당

1) 공정대표의무위반시정제심판정취소

2) 이 사건 회사는 상시근로자 약 1,460명을 고용하여 자동차 알루미늄 휠의 제조·가공·도장업 등을 영위하는데, 원고는 회사 소속 근로자를 조직대상으로 하여 2014. 4. 1. 설립된 기업별 노동조합이고 참가인(소수노동조합)은 전국 단위 산업별 노동조합으로 산하 조직에 2014. 3. 18. 이 회사에 설립된 지회(참가인 지회)가 있다. 회사는 교섭창구단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합이 된 원고와 2014. 11. 20. 단체협약을 체결하였다.

노동행위가 문제되었으나, 이 판결에서는 교섭대표노동조합의 공정대표의무 위반만이 다루어졌다.³⁾

참가인인 소수노동조합은 다음 네 가지 행위, 즉 회사가 ① 단체협약체결 이전부터 원고에게만 노동조합 사무실을 제공한 것, 교섭대표노동조합이 ② 노조게시판 사용에 있어 참가인 지회를 차별한 것, 그리고 회사와 교섭대표 노동조합이 ③ 단체협약 체결 이전부터 근로시간면제 한도 배분에 있어 참가인 지회를 차별한 행위와 ④ 단체협약에서 참가인 지회에 차별적 효과를 미치는 격려금 및 성과금 지급제의 기준을 명시한 행위 등이 양자의 공정대표의무위반이자 회사의 부당노동행위라고 주장하였다.⁴⁾

대상판결은 두 가지 쟁점을 다루었다. 하나는 교섭대표노동조합이 부담하는 공정대표의무의 범위이고 다른 하나는 교섭대표노동조합과 소수노동조합 사이에 차별이 있다는 주장에 관해 차별의 증명책임(대상판결은 ‘입증책임’이라 함)을 누가 부담하는가이다. 전자와 관련하여 대상판결은 1심 판결이 채택한 사실인정 및 위 (가)의 판지를 그대로 인용하였다. 후자와 관련하여 대상판결은 위 (나)의 판지와 같이 차별의 존재 여부에 관한 증명책임은 소수노동조합이 부담하는 반면 그와 같은 차별에 합리적 이유가 있는지 여부는 교섭대표노동조합과 사용자가 부담한다고 판단하였다.⁵⁾ 그 근거로 ‘교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다.’고 규정하고 있는 노동조합법(‘노동조합 및 노동관계조정법’을 말한다. 이하 같다) 제29조의4 제1항의 문언과 관련 법 규정들의 해석을 들었다.

-
- 3) 이 사건의 중앙노동위원회 재심판정과 1심 판결은 사용자와 교섭대표노동조합의 공정대표의무위반과 사용자의 부당노동행위를 모두 인정하였다. 중앙노동위원회의 재심판정에 대해 사용자는 행정소송을 제기하지 않았다. 원고인 교섭대표노동조합의 청구취지는 ‘중앙노동위원회가 2015. 6. 17. 중앙2015공정12, 16, 20부도51(병합)공정대표의무위반 및 부당노동행위 구제재심 사건에 관하여 한 재심판정 중 교섭대표노동조합(원고)과 소수노동조합(피고보조참가인) 사이의 공정대표의무위반에 관한 부분’을 취소해 달라는 것이다.
 - 4) 참가인은 2014. 12. 30. 인천지방노동위원회에 구제신청을 하였는데, 인천지노위는 2015. 2. 23. 위의 행위 중 ①, ②, ③은 원고와 회사의 공정대표의무위반에 해당하나 회사의 부당노동행위에는 해당하지 않고, ④는 공정대표의무위반이나 부당노동행위에는 해당하지 않는다고 판정하였다. 중앙노동위원회는 2015. 6. 17. ①, ②, ③, ④ 모두에 대해 공정대표의무위반과 부당노동행위에 해당한다고 판정하였다.
 - 5) 원고는 차별의 존재뿐만 아니라 합리적인 이유 없는 차별이라는 점에 대한 증명책임도 차별취급을 주장하는 소수노동조합에 있다고 주장하였다.

이 사건에서 가장 중요한 쟁점은 사용자와 교섭대표노동조합이 부담하는 공정대표의무의 범위이다. 이 부분에 관한 대상판결의 판단은 1심 판결, 즉 서울행정법원 2016. 9. 29. 선고 2015구합8459 판결의 관련 부분을 그대로 인용한 것이다. 1심 판결은 노동조합법이 사용자와 교섭대표노동조합에게 공정대표의무를 부과한 이유를 다음과 같이 파악한다. 노동조합법이 “교섭대표노동조합에게만 단체교섭 및 쟁의의 주도권을 인정함으로써 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수노동조합의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한하고 있는데, 교섭대표노동조합에 의해 단체협약이 체결되면 교섭창구단일화 절차에 참여한 다른 노동조합은 이를 수인할 수밖에 없으므로 이로 인하여 발생할 수 있는 소수노동조합 및 그 조합원에 대한 합리적 이유 없는 차별을 막기 위해 노동조합법 제29조의4 제1항은 교섭대표노동조합과 사용자에게 공정대표의무를 부과하고 있다.” 나아가 공정대표의무의 법적 기능을 두 가지로 파악한다. 하나는 “헌법이 노동조합과 근로자에게 부여하고 있는 기본권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하며”, 다른 하나는 “교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구단일화 절차에 참여한 소수노동조합에게도 미치도록 하는 정당성의 기초를 제공”하는 것이다. 마지막으로 1심 판결(즉 대상판결)은 공정대표의무의 구체적 범위는 공정대표의무의 이상과 같은 존재 이유와 기능에 따라 결정된다고 한다. 즉 “공정대표의무는 단체교섭 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 교섭을 전후하여 노동조합 간 그리고 조합원 간의 이해를 조정하는 전 과정에서 준수되어야” 하고, 또한 “교섭대표노동조합의 공정대표의무는 교섭대표행위를 함에 있어 불합리한 차별을 하여서는 안 된다는 소극적 의미에 그치는 것이 아니라 경우에 따라서는 소수노동조합이 받는 불합리한 차별을 제거하기 위해 노력해야 하는 적극적 의무까지 포함하는 것”이라고 설시했다. 이러한 법리에 기해, 1심 판결은 참가인이 주장하는 네 가지 행위에 대해 교섭대표노동조합이 공정대표의무를 다하지 않았다고 판단했다. 게시판 사용과 관련해서는 직접적으로 차별을 하였고, 기타에 관해서는 불합리한 차별을 제거하기 위한 노력을 다하지 않은 것으로 결론 내렸다.⁶⁾

6) 가령 문제가 된 행위 중 첫 번째와 관련해서는 “원고는 참가인 지회가 회사로부터 노동조합 사무실을 제공받지 못하였음을 알면서도 참가인 지회에 노동조합 사무실의 공동 사용을 제안하거나 참가인 지회에도 노동조합 사무실이 제공되도록 이 사건 회사에 적

대상판결이 밝힌 공정대표의무의 근거와 범위에 관한 설시는 매우 흥미롭다. 공정대표의무의 원조인 미국의 경우에는 공정대표의무를 이른바 배타성의 내재적 의무로 본다. 즉 교섭단위 내 모든 근로자를 배타적으로 대표하는 것에 따르는 당연한 내재적 의무로 본다. 그에 비해 우리의 공정대표의무는 그것을 넘어 교섭창구단일화 제도의 합헌성을 위한 필수적 전제로 본다. 교섭창구단일화 절차에 의해 단체교섭권과 쟁의행위권의 주도권을 상실하게 되는 소수노동조합과 그 조합원의 보호를 위한 필수불가결한 것이다. 이러한 법적 근거의 차이는 공정대표의무의 범위도 다르게 만들 수 있다. 미국의 경우 주로 교섭대표노동조합이 체결한 단체협약의 내용이 특정 근로자(집단)에게 ‘자의적(arbitrary)이거나 차별적(discriminatory)이거나 또는 불성실한(in bad faith)’ 것인지에 초점을 두는 반면에, 우리의 공정대표의무는 체결된 단체협약의 내용은 물론이고 단체교섭의 전 과정에 걸쳐서 그리고 단지 차별하지 않는 소극적인 것에 머물지 않고 존재하는 차별을 제거하기 위해 합리적으로 노력할 적극적인 것에까지 이른다.

한 가지 유의할 점은 공정대표의무는 전가의 보도가 아닐 뿐더러 종종 교섭대표노동조합의 교섭력을 약화시킬 수 있는 약점을 가진 양날의 칼이라는 사실이다. 공정대표의무의 범위와 위반 인정에서는 공정대표의무의 양면성을 잘 이해할 필요가 있다. 기실 대상판결과 1심 판결에서 공정대표의무 위반을 인정한 행위들은, 즉 노동조합 사무실과 게시판의 사용 및 근로시간면제시간의 부여 등은, 단결권의 기초로서 모든 노동조합의 존립과 활동에 기본적으로 필요한 것으로서 반드시 평등하게 제공되어야 할 편의에 속한다. 이런 것들에 특히 사용자와 교섭대표노동조합의 적극적 평등 의무가 요구된다고 보는 것이 타당할 것 같다.

» 강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

극적으로 요구하는 등 불합리한 차별을 제거하기 위한 노력을 다하였다고 보기 어렵다.”고 하였다. 또한 세 번째 행위에 관해서는 “원고는 이 사건 단체협약 체결 이전 참가인 지회가 근로시간 면제자를 인정받지 못하고 있었음에도 단체협약 체결 과정에서 이러한 불합리한 차별을 제거하기 위한 노력을 다하지 않았고, 이 사건 단체협약이 체결된 후에도 참가인 지회의 조합원 수 비율에 따른 근로시간면제 한도에 현저히 못 미치는 300시간만을 분배하겠다는 입장을 밝혀 참가인 지회를 합리적 이유 없이 차별하였다고 판단된다.”고 하였다.

원청회사의 도급계약 중도해지가 부당노동행위가 아니라고 판단한 사례

- 서울행정법원 2017. 6. 16. 선고 2016구합62436 판결 -

【판결요지】

원청회사가 이 사건 도급계약의 해지를 통하여 이 사건 노동조합의 조직 확대, 파견관계 주장 등 조합활동을 위축·침해하려는 지배·개입의 부당노동행위를 한 것으로 인정하기에는 부족하고, 구제명령의 내용 또한 정당하다고 볼 수 없어, 중노위가 지배·개입의 부당노동행위로 인정하여 구제명령을 발한 것은 위법하다.

(1) 사내하청이 이루어지는 사업에서 하청회사의 근로자들이 노동조합을 만들면서, 원청회사(아사히초자화인테크노한국), 하청회사(지티에스), 노동조합(전국금속노조 아사히비정규직지회) 사이의 3각 관계인 집단적인 노사관계에 갈등이 발생한다. 원청회사가 하청회사 간의 하청계약을 일방적으로 중도해지하여, 하청회사가 폐업하고, 하청회사의 근로자들은 직장을 잃게 된다. 노동조합은 조합활동이 어려워지고 연대가 약해진다. 이는 원청회사가 노동조합활동을 곤란하게 하는 부당노동행위가 아닐까?

중앙노동위원회(이하, ‘중노위’)는 원청회사가 지배·개입의 부당노동행위를 하였다고 판정하고, 해고된 하청회사의 근로자들에 대한 생활안정 및 재취업 등 지원대책을 마련하라고 원청회사에게 구제명령을 내렸다(중앙노동위원회 2016. 3. 25. 중앙2015부해1303/부노250 병합). 그러나 원청회사가 불복하여 제기한 행정소송의 1심 판결인 대상판결에서, 법원은 위 판결요지처럼 원청회사의 부당노동행위를 부인하고, 구제명령이 위법하다고 판단했다.

(2) 원청회사가 하청회사의 폐업에 관여하여 지배·개입의 부당노동행위를 하였는가에 대해 대법원은 현대중공업 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결)에서 판례 법리를 만들었다.¹⁾ 원청회사에게 부당노동행위가 인정된다면 두 단계의 판단구조를 거친다. 첫째 단계로는, 원청회사가 부당노

동행위를 하는 지위에 있는지, 그래서 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당하는지를 판단하여야 한다(사용자성의 판단). 둘째 단계로는, 원청회사가 하청회사의 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 참가인 조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 하였는지를 판단하여야 한다(지배·개입 행위의 판단).

첫째 단계인 사용자성의 판단에 관해, 대법원 판례 법리는 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, ‘노조법’) 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다”이다. 즉 실질적으로 지배하는지를 판단한다.

대상판결은 이러한 대법원 판례 법리를 잘못 적용하고 있다.

첫째, 대법원 판례 법리에서 언급한 ‘노동조건’은 임금, 근로시간, 전직, 해고 등 회사와 근로자 개인 간에 마련되는 근로조건, 그래서 「근로기준법」(이하, ‘근기법’)이 작용하는 근로조건으로, 좁게 해석되지 않는다. 근기법상의 사용자임을 밝히려는 것이 아니라, 노조법상의 부당노동행위의 사용자임을 밝히려는 것이기 때문이다. 대법원 현대중공업 판결에서는 원청회사의 사용자성을 인정하면서 고려한 사정들로, “(원청)회사가 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등 회의를 개최하기 위하여 필요한 노조활동 시간 보장, 노조간부의 유급 노조활동시간 보장 등에 대하여 실질적인 결정권을 행사하게 되는 지위에 있는 점”을 가장 먼저 언급했다. 중노위 판정에서도 원청회사가 하청회사의 근로자들의 근로조건 및 노동조합 활동에 대해 권한과 책임을 일정 부분을 담당하고 있는지를 검토했다. 그러나 대상판결은 사용자임을 부정하는 논거에 집단적 노사관계에 관한 검토가 없다. “지티에스(하청회사) 직원들은 원고의 지시에 따른 작업물량을 지티에스 관리자의 지휘감독하에 작업하여 도급업

1) 이 판례 법리를 포함하여 사내하청에 대한 법리적인 자세한 검토는, 박제성·강성태·김진·신권철·조경배(2015), 『사내하청 노동관계의 법해석론』, 한국노동연구원을 참고할 수 있다.

무를 수행했을 뿐 원고가 지티에스 근로자의 기본적인 노동조건이나 근로관계에 대하여 지티에스와 함께 사업주로서의 권한과 책임을 부담하고 있다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고(원청회사)를 부당노동행위의 사용자로 인정하기 어렵다.” 이처럼 개별적 근로관계만을 위주로 판단하는 구조는, 사내하청이 실제로는 파견관계인지를 판단할 때(불법파견 여부)나, 사내하청이 실제로는 원청회사가 직접 고용한 사용자인지를 판단할 때(목적적 근로관계의 인정 여부)에 사용하는 방법이다.

둘째, 대법원 판례에서 언급한 원청회사의 권한과 책임은 ‘일정 부분’이면 충분하고, 원청회사와 하청회사가 공동으로 사용자로서 인정되는 구조이다. 대상판결에서 법원은 개별적 근로관계에 관해 하청회사가 “독립적으로 자신의 책임하에 수행”, “일체의 책임”, “원고가 관여하였다고 볼 사정은 찾아보기 어려운 점” 등을 언급한다. 원청회사 쪽이 관여한 사정이 있는지를 찾는 방식이 아니라, 하청회사가 모두 다 맡아 한 사정이 있는지를 찾는 방식이다.

(3) 다음으로 판단구조의 둘째 단계인, 지배·개입 행위를 하였는지를 판단하는 단계에 관해 살펴보겠다. 중노위는 원청회사, 하청회사, 노동조합 사이에 발생한 여러 사정들을 언급하면서, 결국 원청회사가 도급계약 기간이 6개월이나 남아 있음에도 불구하고 도급계약을 전격적으로 해지한 것은 노동조합의 조직 확대, 파견관계 주장 등 조합활동을 위축·침해하려는 지배·개입의 부당노동행위를 한 것으로 판단했다. 반면 대상판결에서 법원은, 원청회사의 관계회사인 두 회사가 시장 변화로 경영이 어려워지자, 그 두 회사의 근로자들을 원청회사가 직접 고용하여 이 사건 하청회사(지티에스)가 해오던 도급업무 대신하게 하려고 이 사건 하청회사와의 도급계약을 중도해지 하였기에, 원청회사의 도급계약 해지는 정당한 사유가 존재하므로, 노동조합의 조합활동을 위축·침해하려는 부당노동행위로 인정할 수 없다고 판단했다. 중노위와 법원이 인정하고 평가하는 사실관계가 서로 달라, 무엇이 사건의 실체인지를 단정하기 어렵다.

지배·개입의 부당노동행위가 있었는지를 판단하려면, 문제가 되는 행위 뿐만 아니라, 그 당시에 노사 간에 있었던 여러 사정들을 두루 살펴보아야 한다. 판례는 부당노동행위 사실이 있었는지의 증명책임은 이를 주장하는 노동조합(근로자) 측에 있다고 본다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판

결 참고). 그렇지만 노동조합 측이 부당노동행위 사실을 증명하는 것은 쉽지 않다. 부당노동행위가 발생할 당시의 여러 사정들에 관한 정보와 자료는 대부분 사용자 측에 있기 때문이다. 이 사건에서 노동위원회는 나름대로 여러 사정에 대해 조사와 심문을 하여 판정하였으나, 대상판결의 법원은 부당노동행위로 인정하기에 증거가 부족하다고 평가했다.

지금까지 노동위원회가 부당노동행위로 인정된 판정례들이 적었기에, 법원은 노동위원회가 부당노동행위가 있다고 판단하는 방식에 대해 낫설어 하며, 그래서 판정의 신뢰도가 낮은 것으로 보인다. 이 점은 앞으로 노동위원회가 부당노동행위 심판의 업무를 더욱 충실히 함으로써 점차 극복될 것이다. 이를 위해 근본적으로 노동위원회에게 직권조사권한이 강화되어야 한다. 또한 노동위원회가 직접 나서도 찾지 못한 사용자 측의 자료들은 사용자가 노동위원회에 내놓도록 하는 제도개선이 필요하다.

(4) 중노위는 “하청회사에 대한 도급계약 중도해지로 인하여 해고된 하청회사 근로자들에 대한 생활안정 및 재취업 등 지원대책을 마련하라”고 원청회사에게 구제명령을 내렸다. 대상판결의 법원은 이러한 구제명령은 “도급계약의 해지를 통하여 노동조합의 조직확대, 파견관계 주장 등 조합활동을 위축·침해하려는 지배·개입의 부당노동행위를 한 것으로 인정하는 것에 대응하는 구제명령이 아니며, 생활안정 및 재취업 등 지원대책은 각 근로자들마다 일률적으로 적용될 수 없고 내용도 불분명하여 사용자가 이행가능한 구제명령으로 볼 수도 없어 위법한 구제명령”이라고 판단했다. 법원의 이러한 판단에는 부당노동행위에 대한 노동위원회의 구제명령의 기능에 관한 오해가 있다.

대법원 판례는 “현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있으며”, “노조법 제84조의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 아니하다”고 인정한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

대상판결의 사건에서 하청회사가 폐업했고 원청회사의 관계회사인 두 회사의

근로자들을 원청회사가 직접 고용하는 사정이 있었다. 노동조합 활동이 위축·침해된 것을 회복하는 적절한 방법으로 대상판결의 법원은 무엇이 가능하다고 생각하는지를 되묻고 싶다. 노동위원회가 판정할 때 사용자에게 구체적이고 명확한 의무를 명하여야 한다는 법원의 생각은 유동적인 노사관계의 현실을 이해 못하는 것이다. 계약상 채권관계에는 당사자가 합의한 대로 구체적이고 명확한 의무가 있다. 집단적 노사관계는 그러한 관계가 아니다. 노동위원회의 구체명령은 올바른 미래의 노사관계의 기반을 조성해야 한다. 그래야 진정한 노사관계의 회복이 이루어진다. 이 사건에서 중노위의 구체명령대로 생활안정 및 재취업 등 지원대책을 마련하기 위해 사용자가 진정 노력한다면, 결국 노사간의 대화가 필요하고 그 과정에서 집단적 노사관계의 회복이 이루어질 수 있겠다.

집단적 노사관계는 다양성과 유동성이 당연한 속성이므로, 노동위원회의 구체명령은 구체적이면서도 추상적일 수밖에 없다. 대상판결의 법원은 확정된 구체명령을 위반한 경우 처벌하는 조항을 논거로 들면서, 구체명령의 내용은 명확하고 실현가능한 것이어야 한다고 본다. 본말이 전도되어 있다. 형법상 죄형법정주의 원칙에 지나치게 경도되어, 노동위원회의 구체명령을 형법상 죄의 구성요건 내용을 채우는 방식으로만 이해했다. 사용자가 어떠한 구체명령을 위반하여 처벌하여야 하는지를 판단하는 단계에 이르렀을 때, 사용자에게 구체명령에 대해 이행의 기대가능성이 있었는지, 더 이상 이행 못한 불이행에 대해 비난가능성이 있는지 등 형법상 법리로 책임 여부를 판단하면 된다. 처벌은 구체명령의 본질적 기능이 아니다.

구체명령의 올바른 내용에 대해 법원의 이해가 깊지 못한 이유로는, 그간에 노동위원회가 다양한 구체명령을 내리지 못한 경험도 작용하며, 현행 노조법이 구체명령의 내용이 무엇인지를 전혀 밝히지 않은 점도 작용한다. 노조법을 개정하여 구체명령의 여러 종류들을 예시하는 제도개선이 필요하다.²⁾

» 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

2) 가령 노조법 제84조(구체명령) 제1항을 “노동위원회는 제83조의 규정에 의한 심문을 종료하고 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 부당노동행위의 중지 및 금지, 공고문의 게시, 원직복귀 또는 고용승계, 금전보상, 단체교섭의 개시, 조합시설의 이용 또는 제공 그 밖에 부당노동행위로 침해된 권리나 노사관계 질서의 회복을 위해 필요한 적절한 구체명령을 발하여야 하며, ... 기각하는 결정을 하여야 한다”로 개정한다.

청원경찰의 복무에 대해서 국가공무원법을 준용함으로써 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 박탈할 수 있도록 하고 있는 청원경찰법 제5조 제4항이 근로3권을 침해하는지의 여부

- 헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2015헌마653 결정 -

【결정요지】

모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 넘어선 것으로서 침해의 최소성 원칙에 위배되며, 모든 청원경찰에 대한 근로3권의 전면적 박탈이라는 불이익은 청원경찰이 경비하는 중요시설의 안전이라는 공익과의 관계에서 법익의 균형성을 상실한 것이기 때문에 「청원경찰법」 제5조 제4항은 과잉금지원칙을 위반하여 근로3권을 침해한다. 다만, 단순위헌결정이 아니라 헌법불합치결정을 선고하여 입법자가 2018. 12. 31.까지 개선입법을 할 때까지 계속 적용한다.

현행 「청원경찰법」 제5조 제4항은 “청원경찰의 복무에 관하여는 「국가공무원법」 제57조, 제58조 제1항, 제60조, 제66조 제1항 및 「경찰공무원법」 제18조를 준용한다.”고 하고 있는데, 「국가공무원법」 제66조 제1항에서는 “공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.”고 하여 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’을 제외한 모든 공무원의 근로3권을 전면적으로 박탈하고 있다.1) 「청원경찰법」에는 명확히 규정하고 있지 않지만, 「청원경찰법」 제10조 제2항 및 동법 시행령 제18조의 규정 등을 종합적으로 보면, 청원경찰은 공무원의 신분을 가지고 있지 않다는 점은 명확하다. 다만, 「형법」이나 그 밖의 법령에 따른 벌칙을 적용하는 경우와 「청원경찰법」 및 동법 시행령에서 특별히 규정한 경우에만 공무원으로 의제될 뿐이다.2) 청원경찰의 이

1) 헌법재판소는 국가공무원 및 지방공무원의 근로3권을 모두 박탈하고 있는 「국가공무원법」 제66조 제1항 및 「지방공무원법」 제58조 제1항에 대해서 합헌이라고 판단하였다(헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바27 결정 등, 판례집 4, 255; 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌바50 결정 등, 판례집 17-2, 238).

리한 신분관계로부터 보면 청원경찰의 근로3권은 헌법 제33조 제1항에 따라서 보장되어야 하고, 청원경찰의 근로3권을 제한하는 경우에는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계를 준수하여야 한다. 다시 말하면 청원경찰에 대한 근로3권의 보장에 대해서는 헌법 제33조 제2항은 적용될 여지가 없다는 점은 명백하기 때문에 청원경찰의 근로3권을 제한하는 법률이 기본권 제한의 한계를 준수하였는지를 판단할 때에는 헌법 제33조 제2항에서 정하고 있는 공무원의 근로3권에 대한 특별한 제한 근거는 고려될 여지가 전혀 없다.

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있다. 헌법재판소는 ‘필요한 경우에 한하여 … 제한할 수 있다’는 문언을 ‘과잉금지원칙’이라고 이해하고 있다. 그런데 그 제한이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 하더라도 그 제한이 기본권의 본질적 내용을 침해하는 경우에는 기본권 침해로써 당해 법률은 무효가 된다. 「청원경찰법」 제5조 제4항이 「국가공무원법」 제66조 제1항을 준용하도록 하고 있는 이상, 청원경찰의 근로3권은 전면적으로 박탈되어 있다. 즉 청원경찰은 근로3권을 전혀 누릴 수 없다. 직관적으로 볼 때 이러한 완전한 박탈이라는 근로3권 제한의 위헌성에 대해서는 과잉금지원칙의 위배 여부를 검토할 필요도 없이 ‘기본권의 본질적 내용 침해금지’에 반하는 것은 아닌가라는 의문이 제기되는 것은 당연하다. 즉, 「청원경찰법」 제5조 제4항에 의하여 제한되고 남은 근로3권의 보장 부분이 ‘0’이기 때문에, 그 제한이 ‘과잉’된 것인지를 따질 필요조차 없어 보인다.

그런데 「청원경찰법」 제5조 제4항의 근로3권을 침해하는지 여부에 관해서 헌법재판소는 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 결정에서 합헌 결정을 내렸다.³⁾ 다

- 2) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마368 결정, 판례집 11-1, 667, 673(“청원경찰의 신분의 주요 요소인 임면, 보수 등에 관한 위 규정들과 이 법의 내용을 전체적으로 종합하여 보면, 결국 이 법은 청원경찰의 신분을 공무원이 아닌 것으로 하고서, 다만 형법 기타 법령에 의한 벌칙의 적용에 있어서만 공무원 신분을 의제하고 있을 뿐임을 알 수 있다. 그러므로 이 법 제10조 제2항의 명문규정에 의하여 공무원으로 의제되는 경우를 제외하고는 청원경찰의 신분이 공무원이 아니라는 것을 알 수 있고 이 법 제5조 제4항 등과 같은 명시적 규정이 있는 경우에 한하여 공무원에 관한 규정을 준용할 수 있을 뿐이라는 것은 위 조항들의 해석상, 그리고 이 법의 입법취지와 전체적 체계상 분명하다.”).
- 3) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 결정, 판례집 20-2상, 50.

만, 당시 결정에서 5명의 재판관은 동 항에 의한 제한이 과잉금지원칙에 위반된다고 하여 위헌 의견을 제시하였기 때문에 그 위헌성이 매우 높다는 점은 평석대상결정 이전에 이미 헌법재판소에 의해서도 인정되어 있었다고 할 수 있다. 이 결정의 합헌 의견은 ‘본질적 내용 침해금지’에 위배되는지의 여부에 대해서는 판단하지 않고, 과잉금지원칙에 위반되는지 여부만을 판단하였다. 합헌 의견의 주요 논리는 다음과 같다. 헌법재판소가 국가공무원 및 지방공무원의 근로3권을 전면적으로 제한하고 있는 「국가공무원법」 제66조 제1항 및 「지방공무원법」 제58조 제1항, 그리고 공무원이 아닌 사립학교 교원의 근로3권을 전면적으로 제한하고 있는 「사립학교법」 제55조에 대한 합헌 논거는 「청원경찰법」 제55조 제1항에 대해서도 타당하게 적용될 수 있다는 것이다. 즉, 청원경찰의 신분이나 업무의 내용을 보면 경찰공무원과 유사한 점, 보수의 측면에서 보면 적어도 국가나 지방자치단체에 소속된 청원경찰의 경우에는 그 보수를 국가나 지방자치단체가 부담하는 것으로서 실질적으로 국민전체의 부담이 되는 점에서는 공무원과 같고, 이러한 국가기관에 근무하는 청원경찰의 비율이 60%를 상회하며, 여기에 국영기업체까지 포함하면 그 비율은 80%에 이른다는 점, 업무의 공공성이 매우 큰 영역에 근무하는 근로자인 청원경찰에 대하여는 근로3권이 전부 제한될 수도 있어야 한다는 점, 청원경찰 업무의 특성상 단결권행사나 단체교섭권한의 행사만으로도 시설의 경비업무에 지장을 초래할 가능성이 높기 때문에 근로3권을 전면적으로 제한하여야 할 필요가 있다는 점 등을 들고 있다. 이에 대해서 위헌 의견은 청원경찰이 공무원과 유사하게 보수나 징계 등에 있어서 일정한 신분보장을 받고는 있으나 이는 최소한에 불과하고, 청원경찰의 보수수준이 민간경비원들에 비하여 월등하게 높지 않음은 물론, 그들 공무원들이 일반적으로 누리는 여러 가지 혜택을 동등하게 누린다고 볼 수도 없는 점, 근로조건 향상을 위한 노동3권 보장의 필요성이 높다는 점, 그리고 청원경찰 업무에 공공성이 있다는 점만을 강조하고 청원경찰이 실제로 담당하는 구체적 직무내용, 근무장소의 성격과 상황 등과 같은 요소를 고려하지도 않은 채 공무원과 똑같이 일체의 근로3권을 갖지 못하도록 규정한 것은 기본권 침해의 최소성 및 법익균형성을 갖춘 것이라고 볼 수 없어서 위헌이라고 한다.

평석대상결정은 「청원경찰법」 제5조 제4항에 대해서 재판관 전원 일치로 위헌으로 판단하고 있는데, 그 논거는 위에서 본 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9

결정의 위헌 의견이 제시한 논거와 본질적으로 동일하다고 할 수 있다. 즉, 청원경찰의 신분이나 보수 등이 청원경찰법에 의해서 보장되고 있지만 청원경찰의 신분보장 수준은 일반적인 공무원에 비하여 낮기 때문에 이를 쉽게 공무원의 경우와 동일시할 수는 없다는 점, 국가기관이나 지방자치단체 이외의 곳에서 근무하는 청원경찰은 근로조건에 관하여 공무원뿐만 아니라 국가기관이나 지방자치단체에 근무하는 청원경찰에 비해서도 낮은 수준의 법적 보장을 받고 있기 때문에 이들에 대해서는 근로3권이 허용되어야 할 필요성이 더욱 크다는 점, 청원경찰의 근무지역은 제한된 특정 경비구역에 국한되고, 그 권한 역시 경비구역의 경비에 필요한 범위로 엄격하게 한정되어 있다는 점을 고려할 때 청원경찰에 대하여 직접행동을 수반하지 않는 단결권과 단체교섭권을 인정하더라도 경비하는 시설의 안전 유지라는 입법목적 달성에 반드시 지장이 된다고 단정할 수 없다는 점, 청원경찰의 업무가 가지는 공공성이나 사회적 파급력은 군인이나 경찰의 그것과는 비교하여 견주기 어려움에도 「청원경찰법」 제5조 제4항은 군인이나 경찰과 마찬가지로 모든 청원경찰의 근로3권을 확실히 제한하고 있다는 점 등을 들고 있다.⁴⁾ 이와 같이 「청원경찰법」 제5조 제4항이 과잉금지원칙에 반한다는 논거는 매우 다양하며 그 내용도 구체적이고 설득력이 있는 데 반하여 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 결정에서 합헌 의견을 낸 재판관들이 들고 있는 논거는 허술하기 짝이 없다. 예를 들어 청원경찰 업무의 특수성과 강한 공공성으로 인하여 단결권 행사나 단체교섭권의 행사만으로도 시설의 경비 업무에 지장을 초래할 가능성이 높다고 하지만, 그 가능성에 관한 구체적인 근거를 제시하고 있지 않다. 나아가 청원경찰의 대부분이 국가기관·지방자치단체 그리고 국영기업체에 근무하기 때문에 청원경찰의 보수는 실질적으로 국민 전체의 부담이

4) 이외에도 헌법 제33조 제3항은 국가방위와 관련하여 업무의 공공성이 크다고 할 수 있는 방위산업체 근로자들의 경우에도 단결권과 단체교섭권에는 아무런 제한을 가하지 아니하고 단체행동권만을 제한하고 있으며, 그것도 모든 방위산업체가 아니라 주요한 방위산업체로 그 범위를 제한하고 있는 점 및 청원경찰과 같이 무기를 휴대하고 국가중요시설의 경비 업무를 수행하는 특수경비원의 경우에도 정의행위가 금지될 뿐 단결권과 단체교섭권은 제한되지 않는다는 점, 종래 교원과 공무원의 노동운동은 금지되었으나 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」과 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」을 통해 교원과 일부 공무원에게 단결권과 단체교섭권이 인정된 상황에서 일반근로자인 청원경찰의 근로3권을 모두 제한하는 것은 사회의 변화에도 맞지 않는다는 점 등을 들고 있다.

되는 점에서 공무원과 같다는 점을 들고 있지만, 그렇다면 국기가관·지방자치단체·국영기업체와 근로계약을 체결하고 있는 모든 근로자에 대해서는 단체교섭권을 중대하게 제한할 수 있다는 말처럼 들린다. 국가가 근로3권을 전면적으로 박탈할 정도로 기본권을 제한한다면 국가는 공익을 달성하기 위해서는 그 정도의 제한이 반드시 필요하다는 것을 매우 논리적이며 구체적으로 심도 있게 입증해야 할 것이다.

이와 같이 볼 때 심판대상결정의 결론은 지극히 당연한 것이다. 하지만 헌법불합치결정을 내리고 있는 근거를 보면 상당히 우려스러운 점도 있어서 이를 지적하지 않을 수 없다. 평석대상결정은 모든 청원경찰에 대해 획일적으로 근로3권 전부를 제한하는 점과 입법자는 청원경찰의 구체적 직무내용 등 여러 요소들을 고려하여 그 위헌성을 제거할 재량을 가진다는 점을 들고 있다. 이는 청원경찰의 구체적 직무내용, 근무장소의 성격, 근로조건이나 신분보장 등에 따라서 일정한 범위의 청원경찰에 대해서는 단체교섭권 및 단체행동권, 또는 단체행동권을 완전히 박탈하는 것도 위헌이 아니라는 점을 전제로 하고 있다고 생각된다. 만약 「청원경찰법」 제5조 제4항을 단순위헌으로 결정하는 경우 청원경찰의 근로3권은 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, ‘노동조합법’ 이라고 한다)에 따라서 구체적으로 보장·제한될 것이다. 평석대상결정은 이에 관해서 “만약 심판대상조항에 대해 단순위헌결정을 하여 즉시 효력을 상실시킨다면, 청원경찰의 근로3권 행사를 제한할 근거 규정이 모두 사라지게 되고, 이로 말미암아 근로3권의 제한이 필요한 청원경찰까지 근로3권 모두를 행사하게 되는 혼란이 발생할 우려가 있다.”고 하고 있다. 아마도 모든 청원경찰에 대해서 노동조합법에 따라서 단체행동권을 보장하는 경우에 발생할 수 있는 혼란을 염두에 두고 있는 것으로 생각된다. 이미 헌법재판소는 공항·항만 등 국가중요시설의 경비 업무를 담당하는 특수경비원에게 경비 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 금지하는 「경비업법」 제15조 제3항에 대해서 합헌 결정을 내린 적이 있다.⁵⁾ 그러나 이 결정의 위헌 의견이 적절하게 비판하고 있듯이 근로3권에 관한 헌법 제33조에 대한 체계적 해석상, 헌법이 특별히 개별적 유보조항을 두고 있는 ‘공무원’과 ‘주요 방위산업체에 종사하는 근로자’가 아닌 ‘일반근로자’

5) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마1359 결정, 판례집 21-2, 304.

의 경우에 단체행동권을 전면적으로 금지하는 ‘법률’은 현행 헌법상 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다.⁶⁾ 나아가 근로3권을 하나의 일체의 권리라고 이해하든, ‘단체행동권’을 단결권과 단체교섭권과 독립된 별개의 권리로 이해하든, ‘주요 방위산업체에 종사하는 근로자’가 아닌 한 법률로써 당해 근로자의 단체행동권을 박탈하는 것은 헌법 제37조 제2항에서 금지하는 기본권의 본질적 내용을 침해한다고 보아야 할 것이다.⁷⁾ 향후 「청원경찰법」 제5조 제4항의 위헌성을 제거하여야 하는 입법자는 이 점을 심각하게 인식하여야 할 것이다.

» 정영훈(헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구관)

-
- 6) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마1359 결정의 합헌 의견은 이에 대해서 “이 사건 법률조항에 의한 쟁의행위의 금지는 특수경비원에게 보장되는 근로3권 중 단체행동권의 제한에 관한 법률조항에 해당하는 것으로서, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되는지 여부가 문제될 뿐이지, 그 자체로 근로3권의 보장에 관한 헌법 제33조 제1항에 위배된다고 볼 수는 없는 것이다. 특히 반대결해에서는 헌법 제33조 제2항과 제3항의 규정에서 ‘공무원’과 ‘주요 방위산업체에 종사하는 근로자’에 대해서만 특별히 유보조항을 두고 있는 점을 근거로 제시하고 있으나, 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 단체행동권의 제한은 헌법 제33조 제2항과 제3항의 개별유보조항에 의한 것이 아니라 헌법 제37조 제2항의 일반유보조항에 의한 것인 만큼, 헌법 제33조 제2항과 제3항으로부터 이 사건 법률조항이 헌법 제33조 제1항에 위배된다는 결론은 도출될 수 없는 것이다.”라고 하고 있다.
- 7) 헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2007헌마1359 결정의 합헌 의견은 「경비업법」 제15조 제3항이 근로3권의 본질적 내용을 침해하였는지에 대해서는 전혀 검토하지 않고 단지 과잉금지원칙에 대해서만 검토하고 있는데, 이에 관해서 “적어도 특수경비원에 대하여 단결권, 단체교섭권에 대한 제한은 전혀 두지 아니하면서 단체행동권 중 ‘경비 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위’만을 금지·제한하는 것은 입법목적 달성에 필요불가결한 최소한의 수단이라고 할 것이다”고 하고 있다. 하지만 합헌 의견에서도 언급하고 있는 것처럼 “특수경비원의 업무는 국가보안 목표시설이나 국가중요시설의 경비에 관한 것으로서 경찰 업무의 매우 특수한 영역에 해당하는 것”으로서 본래 「경찰공무원법」상의 경찰관이 담당해야 하는 것이지만 국가 예산상의 한계 등과 같은 행정편의적인 이유로 이를 특수경비원이라는 명목으로 민간인에게 맡기고 있는 것이라고 보아야 한다. 충기를 휴대할 상태로 근무할 수 있고 필요한 경우에는 발사하는 것까지 가능한 업무의 집행은 국가의 고권적 권한 행사(Ausübung hoheitsrechtliche Befugnisse)의 대표적인 것이라고 할 수 있다. 독일 헌법 제33조 제4항은 국가의 고권적 권한의 행사는 원칙적으로 공무원상의 근무관계 및 충실관계에 있는 공무원에게 위임되어야 한다는 점을 명확히 하고 있다는 점도 유의해야 할 것이다.

청원경찰의 신분 및 근로형태와 근로3권의 허용 필요성

- 헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2015헌마653 결정 -

【결정요지】

청원경찰은 일반근로자일 뿐 공무원이 아니므로 원칙적으로 헌법 제33조 상의 근로3권이 보장된다. 또한 신분 보장 등 법제도적 보호도 경찰 등 공무원에 비해 낮기 때문에 근로3권으로 보호될 필요성이 크다. 유사한 직종으로 국가중요시설을 경비하는 특수경비원들도 쟁의행위만을 금지할 뿐인 것과 비교하면, 심판대상조문이 청원경찰들에게 직접행동을 수반하지 않는 단결권과 단체교섭권을 포함한 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다. 다만, 단순위헌결정의 경우 근로3권의 제한이 필요한 청원경찰들까지 모두 기본권을 행사하는 혼란이 우려되기 때문에 입법자가 2018. 12. 31.까지 입법개선을 할 동안 잠정 적용한다(헌법불합치결정).

청구인들은 A주식회사에서 청원경찰로 근무하고 있는 사람들로서 「청원경찰법」 제5조 제4항이 「국가공무원법」 제66조 제1항을1) 준용하여 청구인들의 헌법상의 근로3권을 침해할 뿐만 아니라, 쟁의행위만을 금지하고 있는 「경비업법」 상의 특수경비원과 비교하여 평등권 또한 침해한다고 주장한다. 이에 당사자들은 2015. 6. 19. 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 먼저 적법요건으로서 심판 청구일을 기준으로 임용일이 1년을 경과한 청구인들의 신청은 기본권 침해 사유가 1년 지났기 때문에 청구기간 도과를 이유로 각하였다. 그리고 심판대상의 범위로 청구인들이 주장한 평등권 침해는 본질적으로 「청원경찰법」 제5조 제4항이 청구인들의 헌법

1) 「청원경찰법」 제5조 제4항과 「국가공무원법」 제66조 제1항은 다음과 같다.
 「청원경찰법」 제5조(청원경찰의 임용 등) ④ 청원경찰의 복무에 관하여는 「국가공무원법」 제57조, 제58조 제1항, 제60조, 제66조 제1항 및 「경찰공무원법」 제18조를 준용한다.
 「국가공무원법」 제66조(집단 행위의 금지) ① 공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다. 통상 여기서의 ‘노동운동’은 단체행동권뿐만 아니라 단결권과 단체교섭권을 포함한 근로3권으로 해석된다. 따라서 청원경찰 역시 「청원경찰법」 제5조 제4항에 의해 근로3권이 전면적으로 제한된다.

상 근로3권을 침해하는가와 동일한 문제이기 때문에 이 부분만으로 한정한다고 실시하였다.

헌법재판소는 먼저 청원경찰들을 대상으로 우리 헌법이 인정하고 있는 근로3권을 제한할 만한 사실적 근거가 있는지를 살펴보기 위해 청원경찰들의 법적 지위와 복무형태를 분석한다. 청원경찰은 근로자 신분으로서 청원주(사용자)와의 고용계약에 의해 채용되지만, 일정한 범위 내에서 경찰관의 직무를 수행하기 때문에 사용자는 관할 지방경찰청장의 사전승인을 받아야 하며 「국가공무원법」상의 결격사유가 있으면 임용될 수 없다(「청원경찰법」 제4조와 제5조). 그리고 「국가공무원법」 및 「경찰공무원법」상의 복종 의무, 직장이탈 금지, 거짓 보고 금지 등의 공법적 의무를 부담한다.

그러나 근로조건은 일반 근로자와 마찬가지로 근로계약과 당해 사업장의 취업규칙에 의해 결정되며, 사용자가 청원경찰의 폐지 내지 감원을 결정하며 당연퇴직되는 등 공무원과 달리 신분보장이 되지 않는다. 업무상 재해와 퇴직급여의 경우 역시 국가기관과 지방자치단체에서 근무하지 않는 청원경찰들은 「산업재해보상보험법」과 「근로자퇴직급여보장법」의 적용을 받는다.

본격적인 본안 판단 단계에서 적용할 심사 방식으로 헌법재판소는 헌법 제33조상의 근로3권의 성격부터 규명한다. 즉, 많이 부각되는 사회권적 성격 외에 근로3권의 전면적인 제한은 근로3권이 가지는 자유권적 성격을 침해한다는 점을 들어 헌법재판소는 엄격한 심사 방식인 ‘과잉금지원칙(비례의 원칙)’을 사안에 적용한다.

공·사법적 요소가 혼합된 사실관계 아래에서 먼저 입법 목적의 정당성과 수단의 적합성 측면을 판단하면, 심판대상조항은 청원경찰의 근로3권을 제한함으로써 청원경찰이 관리하는 중요시설의 안전을 도모하려는 것이기 때문에 목적의 정당성이 인정되고, 수단 또한 목적 달성에 기여할 수 있기 때문에 적합하다고 인정하였다.

그러나 침해의 최소성 측면에서 볼 때, 청원경찰은 사용자와 고용계약을 맺은 근로자의 지위일 뿐, 국민 전체에 대한 봉사자이며 정치적 중립의무를 가진 공무원과는 그 신분이 다르다. 따라서 원칙적으로 헌법 제33조에 따른 근로3권이 보장되어야 하고, 사용자가 청원경찰들의 근로조건과 고용 여부를 결정하는 만큼 사용자와의 단체교섭이 필요하다. 유사한 직종인 「경비업법」상의 특수경비원 역시 단체행동권만을 제한하고 있는 것을2) 감안하면 모

든 청원경찰들의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 넘어선 것으로 침해의 최소성 원칙에 위배된다.

마지막으로 법익의 균형성 측면에서 심사하면, 심판대상조항으로 인해 청원경찰이 경비하는 중요시설의 안전을 도모할 수는 있겠지만, 이로 인해 받는 불이익은 모든 청원경찰들에 대한 근로3권의 전면 박탈이라는 점에서, 법익의 균형성 또한 인정되지 않는다.

다만, 헌법재판소는 단순위헌결정으로 심판대상 조항을 즉시 무효시키면 근로3권의 제한이 필요한 직무의 청원경찰들에게도 전면적으로 근로3권을 허용하게 되어 혼란이 발생할 우려가 있기 때문에 입법자가 2018. 12. 31. 기한으로 입법 개정할 때까지 동 조항을 잠정 적용할 것을 결정하였다.

헌법재판소의 본 결정문은 청원경찰들의 법적 지위와 고용형태에 대한 사실관계 분석을 바탕으로 입법이 헌법상의 기본권을 본질적으로 과도하게 침해하였음을 논증하였다는 점에서 의의가 있다. 다만, 심판대상조문이 ‘모든’ 청원경찰들의 기본권을 침해한다는 것은 분명히 하였지만, 침해 영역이 근로3권 중 ‘단체행동권(쟁의행위권)’을 제외한 단결권과 단체교섭권의 영역에 국한되는지, 즉 단체행동권에 대해서는 현행 「청원경찰법」 제5조 제4항이 침해하지 않는 영역인지에 대해서는 불분명하게 판단하였다.

추가적으로 살펴본 사항은 본 결정문이 말미에 붙인 바에 같이 동일한 심판대상조문에 대해 합헌결정을 내린 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 결정의 내용이다. 헌법재판소는 2004헌바9 결정 중 당해 결정문의 내용과 배치되는 것은 변경한다고 실시하였으나 어떤 근거에서 결정이 달라질 수밖에 없었는지에 대해서는 자세히 설명하고 있지 않다. 단지, 종래 노동운동이 금지되었던 교원과 공무원에 대해서도 1999년 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」과 2005년 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」에 의해 일부 당사자에게 단결권과 단체교섭권을 부여한 시대적 변화를 이야기하고 있다. 그러나 2004헌바9 결정은 양 법률의 제정 이후 내린 실시로 그때에는 왜 이런 시대적 변화를 언급하지 않았는지 이해가 되지 않는다.

또한 시대적 변화를 고찰하는 것 외에도 동일한 심판대상조항에 대한 과

2) 「경비업법」 제15조(특수경비원의 의무) ③ 특수경비원은 파업·태업 그 밖에 경비업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 하여서는 아니된다.

거 헌법재판소의 규범적 판단을 참고하여 헌법불합치와 합헌 양 결정의 근거의 차이를 살펴본다면, 우리 헌법재판소가 근로3권의 제한에 대해 가지는 접근 방식을 이해하는데 도움이 될 것이다.

과거의 2004헌마9 결정에서 한정위헌을 포함한 위헌의견은 5인이었으며, 합헌의견은 4인이었다.³⁾ 먼저 2008년의 헌법재판소는 올해의 결정문과 같이 청원경찰의 신분적 성격과 직무범위에 대해 설명한다. 그 후 합헌의견은 근로3권이 가지는 자유권적 성격과 동시에 국가가 권리행사의 실질적 조건을 형성하는 사회적 성격을 강조하고, 침해의 최소성 및 제한의 필요성 측면에서 청원경찰이 담당하는 경비시설의 중요성과 과거 헌법재판소가 사립학교 교원의 근로3권을 제한한 구 「사립학교법」 조항에 대해 합헌결정을 내린 근거를 들어 업무의 공공성이 매우 큰 영역에서는 근로3권이 전면 제한될 수 있음을 실시하였다. 특히 단체행동권 외에 단결권과 단체교섭권까지 제한되어야 하는 필요성으로 청원경찰들이 무기를 휴대함을 이유로 들었다.

이상 현 헌법재판소의 결정을 과거 결정문의 논지와 비교하여 보았을 때, 과거의 합헌의견의 논지, 즉 청원경찰 업무의 공공성과 근로3권의 사회적 기본권 성격을 정면으로 반박하기보다는 범주가 다른 측면(側面)적 접근으로 청원경찰의 근로자적 성격과 근로3권의 자유권적 성격을 근거하여 실시하였음을 알 수 있다. 현 결정문의 논지에 찬성하지만, 이런 우회적 접근이 아닌 업무의 공공성이 청구인의 근로자성과 충돌되는 것이 아님을, 근로3권의 사회적 기본권이 국가에게 형성적 권한을 준다고 하지만 어디까지나 자체를 전면 제한할 수 없음을 보다 분명히 실시하였으면 하는 아쉬움이 남는다.

» 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

3) 합헌의견은 재판관 이공현·김희욱·이동훈·목영준의 의견. 위헌의견은 재판관 이강국·민형기·김중대·송두환의 의견. 한정위헌은 재판관 조대현의 의견. 위헌의견의 내용은 현재의 2015헌마653 결정의 실시와 대체로 동일하다.

쟁의행위

2013년 철도파업에 대한 업무방해죄 무죄

- 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도1690 판결,
서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015노191 판결(원심) -

【판결요지】

서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015노191 판결(원심)

(1) 전원합의체 판결이 업무방해죄의 구성요건인 ‘위력’의 표지 중 하나로 ‘사용자의 예측 가능성’을 고려한 전격성을 제시한 것은 헌법상 보장된 근로자의 단체행동권과 사용자의 조업 계속의 자유를 조화시키는 것으로 이해된다. 즉 근로자들이 단체행동권에 근거하여 쟁의행위를 할 수 있는 반면 사용자는 비조합원, 쟁의행위 탈락자 또는 법이 허용하는 대체근로의 사용 등으로 조업을 계속할 자유를 가진다. 따라서 ‘단순한 집단적 노무제공의 거부’라 하더라도 그것이 사용자에게 전혀 예측할 수 없는 것이어서 사용자로 하여금 파업에 대비하여 조업을 계속할 준비조차 갖추지 못하게 하고, 그로 인하여 사용자의 조업계속의 자유가 부당하게 제한된다면 그 쟁의행위는 「형법」 제314조 제1항의 ‘위력’으로 평가되어 업무방해죄의 구성요건을 충족할 수 있다는 것이다. 따라서 파업의 ‘전격성’을 판단함에 있어서 고려할 ‘사용자의 예측가능 여부’는 단순히 ‘노동조합이 파업을 사전에 예고하여 사용자가 파업 일정을 알 수 있었는지’만을 기준으로 판단할 것이 아니라, ‘전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 객관적으로 파업을 예측하고 이에 대비하여 조업을 계속할 준비를 갖추 수 있었는지’를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

(2) 파업 목적이나 절차에 중대한 불법이 있는 경우, 사용자로서는 근로자들이 중대한 불법의 위협을 무릅쓰면서까지 파업을 실제로 강행하리라고는 예측하기 어려울 수 있고, 이 경우 규범적 측면에서 전격성을 긍정할 여지

가 더 커진다고 보면서도 “① ‘전격성’은 어디까지나 사용자의 조업계속의 자유를 보호하기 위해 제시된 표지인 점, ② 헌법이 보장하는 기본권인 단체행동권의 행사를 범죄행위의 구성요건으로 포섭하는 것은 최대한 자제되어야 하는 점, ③ 규범적 예측가능성을 지나치게 강조할 경우 과연 어떤 경우를 두고 규범적으로 예측가능 하였다고 평가할 수 있는지 오히려 불명확해질 수 있는 점, ④ ‘전격’의 사전적 의미는 ‘번개같이 급작스럽게 들이침’으로 ‘현상’을 설명하는 단어인 점을 감안하면, ‘전격성’을 판단함에 있어서는 존재(sein)의 관점, 즉 사용자가 파업을 실제로 예측하고, 이에 대비하여 조업을 계속할 준비를 갖추 수 있었는지 여부를 주된 요소로 고려하여야 하고, 당위(sollen)의 관점, 즉 규범적 측면에서의 예측가능성을 부수적 요소로 고려함이 타당하다.

2013년 한국철도공사 노동조합의 파업은 2013년 12월 9일부터 23일간 진행되었으며 당시까지는 철도노동조합의 파업 역사상 최장기간의 파업이었다. 노동조합은 한국철도공사가 2013년 12월 10일에 이사회를 개최하여 한국철도공사의 수서발 KTX 법인을 자회사로 설립하려고 하는 것을 저지하기 위하여 이 파업에 돌입하였다. 당시 정부는 강력한 사법처리의사를 밝혀, 파업 기간 중에 노동조합 간부 35명에 대해 체포영장이 발부되었고, 체포영장으로 철도노조의 상급단체인 전국민주노동조합총연맹 사무실에 진입하는 등으로 노사간의 격렬한 대립이 있었다. 그리고 철도공사는 이 파업 23일간 총 447억 6천만 원의 영업손실이 발생하였다고 주장하였다. 평석대상 판결의 사건은 이 파업 당시 노동조합 간부 4인(노동조합 위원장, 수석부위원장, 사무처장, 서울지방본부장)에 대해 검찰이 업무방해죄로 구속 기소한 것이었다.

대법원은 원심의 판결에 대한 검찰의 상고를 기각하여 업무방해죄에 대한 무죄를 선고한 원심을 확정하였다. 그렇지만 총 3쪽의 대법원 판결문은 매우 간결하여 이유설시는 한 단락뿐이다. 대법원은 전격적으로 이루어졌다고 평가하기에 부족하므로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사를 제압할 정도의 ‘위력’에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심의 조치가 정당하고, “전격성의 의미, 업무방해죄의 보호법익과 위력의 의미, 파업목적 및 불법성, 파업절차, 파업에 대한 객관적 예측과 대비가능성 및 필수공익사업장의 특수성 등에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친

위법이 없다”고만 하고 있다. 기존 판례법리도 새로운 판례법리도 전혀 제시되어 있지 않고, 사건의 사실관계나 상고이유에 대한 구체적인 판단이 전혀 제시되어 있지 않다.

이러한 사정 때문에 업무방해죄에 대해 무죄를 선고한 구체적인 법리에 대해서는 이 사건 원심의 판결(서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015노191 판결, 이하 ‘이 사건 원심판결’)을 살펴볼 수밖에 없다. 이 사건 원심판결은 파업의 업무방해죄 적용에 대한 2011년 전원합의체 판결(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 판결, 이하 ‘2011년 전원합의체판결’)에서 제시한 ‘파업의 ‘전격성’을 판단함에 있어서 고려할 ‘사용자의 예측가능 여부’를 서두의 인용법리(1)와 같이 실시하여 구체적인 판단법리를 제시하였다. 이 사건 원심판결에서 이러한 판례법리보다 더 주목을 끌었던 새로운 판례법리는 소위 ‘규범적 예측가능성’에 대한 것이다. 원심은 서두의 인용법리(2)와 같이 전격성 판단에서 규범적인 측면에서의 예측가능성을 고려해야 하지만 부수적인 요소로 보았다.

전격성이 있는지의 판단에서 부수적으로 규범적 측면의 예측가능성을 고려하는 원심의 판단법리는 원심이 이 사건 파업의 목적과 절차에 있어서 불법성 및 그 정도를 판단하는 것으로 이어졌다. 이에 비추어 보면 규범적 측면에서의 예측가능성은 전격성이 있는지의 판단에서 부수적이라고 하는 구체적인 위 법리(2)는 파업목적과 절차에 있어서 불법성이 있더라도 그 정도가 ‘파업을 강행하리라고는 도저히 예측할 수 없을 정도로 중대한’ 목적이나 절차의 불법이 없으면 전격성이 부정된다는 것을 뒷받침하기 위한 것으로 보인다.

실제로 원심은 목적이나 절차에 있어서 이 사건 파업의 불법성이 있는지, 그리고 있다면 그 정도는 어떠한지를 살폈다. 파업찬반투표, 파업시기 등의 절차와 관련해서 “도저히 예측할 수 없을 정도의 절차의 불법이 있었다고 보기에 부족하다”고 하였지만, 이 사건 원심의 구체적인 판단내용을 보면 이 사건 원심은 절차상의 불법은 사실상 없다고 판단한 것으로 보인다. 원심이 불법성이 있는지와 그 불법성의 정도를 모두 고려한 것은 이 사건에서 파업의 목적과 관련해서이다.

이 사건에서 검찰은 철도노동조합이 정부의 철도산업 민영화 정책에 반대해 파업하였다고 주장하였다. 이 사건 1심과 원심은 이러한 검찰의 주장을 배척하고, 철도노동조합이 철도산업 민영화에 반대하는 입장을 갖고 있었지만, 이 사건에서 철도노동조합의 파업의 요구는 ‘수서발 KTX 법인 설립을 위

한 이사회 출자 결의 저지'이었다고 판단하였다. 이 사건 원심에 따르면 전자와 후자를 구별하는 것은 양자가 불법성의 정도가 다르다는 점이다. 원심의 시각에서는 철도사업 민영화의 반대나 저지는 정부정책에 대한 것이어서 이 사건 사용자가 처분할 수 있는 권한 밖의 것이지만, 새로운 법인 설립을 위한 출자결의 저지는 사용자가 처분할 수 있는 권한 내에 있고, 근로조건에 영향을 주는 정도가 더 크다. 이 사건 원심은 구체적인 사실관계를 근거로 하여 철도노동조합이 이러한 요구를 위하여 파업하였다고 판단한 다음, 사실관계 상으로 수서발 KTX 법인의 설립이 철도공사의 매출감소와 재무상태 악화로 연결되어 구조조정을 하게 될 수 있다는 점을 들어 이러한 이사회의 결정이 근로조건에 크게 영향을 주는 점을 인정하였다. 그리고 이러한 점을 이유로 하여 원심은 철도노동조합의 파업이 “실제로 파업을 강행하리라고는 도저히 예측할 수 없을 정도로 중대한 목적의 불법이 있다고” 보지 않았다.

덧붙여 이 사건 원심은 2006년 이후 법과 판례의 변화가 규범적인 측면에서의 예측가능성을 제고하였다고 판단하였다. 즉 2006년 「노동조합 및 노동관계조정법」의 개정에 의해 직권중재제도가 폐지되고 필수유지업무무제도가 도입되어 필수유지업무 제도의 유지·운영의 범위 내에서 단체행동권 행사가 가능하다는 점을 충분히 예측할 수 있다고 보았고, 2011년 전원합의체 판결로 인해 업무방해죄로 처벌받을 가능성이 낮아졌다고 사용자가 생각하였을 것이고 이것이 규범적 측면에서의 예측가능성을 제고하였을 것으로 보았다. 이 사건 원심의 이와 같은 언급은 다음과 같은 사정 때문에 행해진 것으로 보인다. 즉 이 전원합의체 판결이 파업에 대한 업무방해죄 적용과 관련하여 판례법리를 변경한 것이지만, 그 변경된 법리에 의해서도 대법원은 철도노동조합의 2006년 파업에 대해 파업 시에 유효했던 직권중재회부결정에도 불구하고 파업에 돌입한 것을 이유로 “직권중재회부 시 쟁의행위 금지규정 등을 위반하면서까지 이 사건 파업을 강행하리라고는 예측할 수 없었다”고 하여 2006년 파업이 업무방해죄의 위력에 해당한다고 하였다. 달리 말하면 직권중재제도 자체가 없어지고 파업에 대한 업무방해죄 적용에 대해 판례법리가 변경된 현재에서는 2006년과 다르게 철도노동조합의 파업에 대해 규범적인 측면에서의 예측가능성이 높아졌다는 것이다.

위와 같이 규범적인 측면에서의 예측가능성에 대해 판단한 다음, 이 사건 원심은 전술한 또 하나의 구체법리에 따라 한국철도공사가 이 사건 파업을

객관적으로 ① 예측하고 ② 대비할 수 있었는지를 판단하였다. 먼저 예측가능성과 관련하여 이 사건 원심은 다수의 사실관계에서 한국철도공사가 충분히 예측가능 하였다고 보았다. 다음으로 대비가능성과 관련해서는 조업을 계속할 준비가 불가능하였다면 파업이 ‘위력’으로 평가될 여지가 있으나, 이 사건 파업에서 한국철도공사는 비상수송대책을 마련하였고, 필수유지업무가 파업기간에도 계속 유지되었으며, 군, 운전기술협회 등 외부에서 대체인력이 투입되는 등으로 여객과 화물운송을 수행하여 조업을 계속하였기 때문에 ‘전격성’을 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

이와 관련해서도 이 사건 원심은 필수공익사업자인 철도사업의 특수성 그 자체가 전격성 판단에 특별한 영향을 주는지에 대해서 언급하였다. 이 사건에서 검찰은 필수공익사업장의 쟁의행위는 “사용자의 재산권뿐만 아니라 국민 및 국가경제에 심대한 영향을 미칠 우려”가 있기 때문에 일반 사기업과 달리 전격성을 더 쉽게 인정하여야 한다고 주장하였다. 이 사건 원심은 이러한 주장을 배척하면서 공중의 생명이나 건강과 같이 중대한 법익이 침해될 수 있어 「노동조합 및 노동관계조정법」이 필수유지업무를 유지하도록 한 것이기 때문에 필수유지업무를 유지되는 한 사용자는 파업 돌입을 예측할 가능성이 높아지고, 이 사건에서도 노동조합이 필수유지업무를 수행할 조합원 명단을 통보하였고, 파업기간 중 필수유지업무를 유지되었기 때문에 이 사건의 ‘전격성’ 판단에서 필수공익사업장이라는 점은 전격성 판단에 있어서 긍정적인 영향을 주지는 않는다고 판단하였다.

그리고 원심의 판단을 부정하지 않음으로써 대법원은 2013년 파업이 업무 방해죄에 해당하지 않는다고 결정하여 노동조합의 단체행동권 보장을 확대하였다. 이 점은 필자도 높이 평가하고 환영할 만하다고 본다.¹⁾ 특히 원심은 파업의 업무방해죄 적용과 관련한 2011년의 전원합의체 판결 법리의 취지에 맞추어 전격성 등에 관한 구체적인 세부법리를 최초로 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 이러한 점에도 불구하고 이전 판례법리에서 위법성 조각 사유로 제시되었던, 파업의 목적 등의 정당성 여부가 규범적인 측면에서의 예측가능성으로 전격성 판단에서 여전히 고려되어 위력의 구성요건 해당성 판단

1) 비슷한 취지로 민주사회를 위한 변호사모임의 언론사용 자료인 [논평] 민주사회를 위한 변호사모임(2017), 「쟁의권을 크게 신장시킨 철도노조 2013년 파업 무죄판결 확정을 환영한다」, 2017.2.3.자 참조.

에 영향을 미친다는 점에서 여전히 그 한계가 분명하다.

더 나아가 이 사건 원심과 대법원의 판단은 유사한 사안에서의 법원의 판단과 비교하여 그 의미를 엄밀하게 검토해 볼 필요가 있다. 특히 원심의 판단은 역시 부당한 목적이라고 보았던 공기업 선진화 정책 반대를 목적으로 하는 2009년 철도파업에 대한 2014년 대법원의 판결(대법원 2014. 8. 20. 선고 2011도468 판결, 이하 ‘2014년 대법원판결’)과 비교해 볼 필요가 있다. 2009년의 전면파업도 정원감축 등을 내용으로 하는 정부의 공공기관 선진화 정책에 따라 철도공사 이사회가 5,000명이 넘는 인원을 정원감축하기로 하면서 이를 저지하는 것을 목적으로 이루어졌다. 이에 대하여 대법원은 이와 같은 “부당한 목적을 위하여 순환파업 및 전면파업을 실제로 강행하리라고는 예측할 수 없었다고 평가함이 타당하고, 비록 그 일정이 예고되거나 알려지고 필수유지업무 근무 근로자가 참가하지 아니하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”라고 보아 전격성을 인정하고 업무방해죄에 대해 유죄로 결정하였다. 2009년 철도파업도 파업의 절차나 시기에 있어서 2013년의 파업과 규범적인 측면에서 구별할 정도로 큰 차이가 있다고 보이지 않고, 양 파업 모두 2006년 노동법 개정으로 필수유지업무제도가 도입된 이후에 이루어져 규범적 측면에서의 예측가능성이 제고되었다. 유일하게 다른 것은 2009년 파업은 파업에 대한 업무방해죄 적용을 완화하도록 판례를 변경한 2011년 전원합의체 판결 이전이었다는 점이다. 규범적인 측면에서의 예측가능성에서 다소 부차적으로 보이는 이러한 점을 제외하면, 다른 사정이 유사한데도 불구하고, 2009년 파업과 2013년 파업은 전격성의 인정과 관련하여 결론을 서로 달리하였다. 이렇게 보면 양 파업에 대한 전격성의 인정여부에 대한 판단의 차이는 공히 양자 모두 부당하다고 본 파업의 목적에 대한 2014년 대법원판결의 대법원과 이 사건 원심법원의 평가의 차이에 주로 근거하고 있는 것으로 보인다.

앞서 파업목적과 관련하여 2013년 파업의 불법성의 정도가 규범적인 측면에서의 예측가능성을 부정할 정도가 되지 않는다고 보는 이유는 크게 보면 파업의 목적이 사용자가 처분가능한 사안이었다는 점과 수서발 KTX 법인 설립이 근로조건에 큰 변화를 줄 수 있는 관련성 혹은 영향성이었다. 그런데 이 사건 원심에 따르면 동일하게 부당한 목적을 내세웠던 2009년 전면파업과 2013년 전면파업은 어떠한 점에서 불법성의 정도가 규범적인 측면에서의 예측가능성에서 전격성 판단을 달리할 정도로 다른 것인가? 매우 이상하게

보일 정도로 이 사건 원심의 판결문에는 2014년 대법원판결에 대한 언급이 전혀 없다. 이러한 상황에서 이 사건 원심은 2009년 전면파업의 목적이 사용자인 철도공사가 처분가능하지 않은 정부정책인 데 반해, 2013년 파업의 목적은 이사회가 수서발 KTX 법인의 설립에 대한 출자 저지이어서 사용자가 처분가능하였다고 보아 2013년의 파업의 불법성의 정도가 더 낮다고 파악한 것으로 추정해 볼 수 있다. 즉 양자 모두 근로조건에의 영향이 매우 큰 경영사항이라는 점을 고려할 때, 원심이 불법성의 정도의 차이에서 결정적으로 본 것은 전자가 정부정책 자체를 목적으로 하였지만 후자는 비록 정부의 철도산업정책을 바탕으로 한 것이긴 하나 사용자인 한국철도공사를 대상으로 하였다는 점으로 보인다.

그렇지만 2009년의 전면파업과 2013년 파업을 파업 목적에 대한 사용자의 처분가능성의 면에서 구별하는 것은 상당히 형식적인 것으로 보인다. 왜냐하면 이러한 구별은 2009년과 2013년 모두 철도공사가 정부의 공기업정책을 그대로 이행하면서 발생한 상황인데도 불구하고, 노동조합이 근로조건 관련 철도공사의 정책변경을 유발한 정부정책을 대상으로 한다는 이유로 그 규범적인 평가가 달라지기 때문이다. 실제로도 이사회 결의 저지와 정부정책 반대는 2009년과 2013년 모두 혼재되어 있었다. 2009년의 파업도 당시 정부의 공기업 선진화 정책에 따라 한국철도공사 이사회가 2009.4.경 정원감축을 결의한 이후에 본격화되어 이루어졌고, 이사회에서의 결의 철회로 파업의 목적달성이 가능하였었다. 그리고 원심의 논리에 따르면 2009년의 파업에서도 철도노동조합이 파업전술을 변경하여 공기업선진화정책의 반대의 입장에서 구체적으로 파업의 목표로 공기업 선진화 정책을 실현하기 위한 정원감축에 대한 이사회 결의 저지를 일관되게 내세웠다면 전격성이 부정되어 업무방해죄가 성립되지 않았을 것이다. 이런 측면에서는 사용자의 처분가능성을 제외하고 근로조건에의 영향성만으로 불법성의 정도를 판단하는 것이 원심의 논리에서는 더욱 타당하였을 것으로 보인다.

이와 같이 사용자의 처분가능성을 제외하고 근로조건에의 영향성만으로 규범적인 측면에서의 예측가능성 판단을 위한 불법성의 정도를 보게 되면 2009년 전면파업과 2013년 파업의 차이는 거의 없다고 할 수 있다. 2009년 전면파업도 3,000명의 정원감축이 대량 정리해고 등 근로조건 변화로 이어질 수 있고, 이것은 2013년 파업의 저지 목표이었던 수서발 KTX 법인 설

립을 위한 출자로 발생할 수 있는 근로조건의 변화에 비해 그 영향이 더 적다고 할 수 없기 때문이다. 이렇게 보았을 때는 2009년의 전면파업에 대한 2014년 대법원판결과 이 사건 원심판결은 배치되는 측면이 있다.

원심의 논리를 요약하면 규범적인 측면에서의 예측가능성을 고려하되 이것은 부수적이기 때문에 목적 등과 관련하여 불법성이 크지 않은 경우 객관적인 예측가능성과 대비가능성이 있는 경우 전격성이 없고 따라서 업무방해죄에 해당하지 않는다는 것이다. 대법원은 서두에 언급한 바와 같이 이러한 원심의 판단을 부정하지는 않았지만, 원심의 판단의 전제가 되는 새로운 법리를 명시적으로 인정하지도 않았다. 그래서 이 대법원 판결과 관련된 여러 의문들(이 사건 원심이 사용한 구체법리가 향후에 유지가능한 것인가? 그리고 이 사건 원심과 2017년 대법원 판결이 2014년 대법원판결과 관련하여 어떻게 자리매김을 하여야 하는 것인가?)에 대해 판결문 어디에서도 그 답변을 찾기가 어렵다. 동일한 노동조합이 수행하였고, 외견상 부당한 목적의 파업인 점에서 상당히 유사한 파업에 대해 전격성을 인정하여 업무방해죄에 해당한다고 본 2014년 대법원판결이 있는 점을 감안하면 대법원의 이러한 소극적인 태도는 상당히 아쉽다.

필자는 위에서 2014년 대법원판결과 이 사건 판결이 실질적으로 보면 배치되는 측면이 있다고 밝혔다. 그런데 양 판결 모두 2011년 전원합의체 판결의 다수의견의 법리를 바탕으로 하고 있다. 그렇다면 이와 같은 동일한 법리에서 동일하게 근로조건과 관련이 되었지만 부당한 파업목적이라고 인정되는 사안에서 서로 배치되는 결론을 내릴 수 있는 것은 어떻게 가능한 것인가? 필자는 그 이유는 2011년 전원합의체 판결의 법리가 상반된 결론이 가능할 만큼 불명확하기 때문이라고 생각한다. 이와 관련하여 이미 2011년 전원합의체 판결에서 5인의 재판관은 소수의견으로 전격성과 중대성에 관한 다수의견의 법리가 구체적인 판단에서 명백하지 않아 자의적인 법적용의 우려가 있다는 점을 반대이유 중의 하나로 지적하였다. 필자도 2011년 전원합의체 판결 자체가 명확하게 되지 않는 한, 이번 판결에도 불구하고 향후에 유사한 사건에서 파업의 업무방해죄 적용에 있어 법원이 일관될 것이라는 점에서는 회의적이다.

직장폐쇄 유지의 정당성 판단과 관련되는 근로자의 업무복귀의사

- 대법원 2017. 4. 7. 선고 2013다101425 판결¹⁾ -

【판결요지】

「노동조합 및 노동관계조정법」 제46조에서 규정하는 사용자의 직장폐쇄가 사용자와 근로자의 교섭태도와 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있으면 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있고, 그 경우 사용자는 직장폐쇄 기간 동안 대상 근로자에 대한 임금지불의무를 면한다. 그러나 근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하더라도 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지함으로써 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 공격적 직장폐쇄로 성격이 변질되었다고 볼 수 있는 경우에는 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실하게 되므로, 사용자는 그 기간 동안의 임금에 대해서는 지불의무를 면할 수 없다. 그리고 노동조합이 쟁의행위를 하기 위해서는 투표를 거쳐 조합원 과반수의 찬성을 얻어야 하고 사용자의 직장폐쇄는 노동조합의 쟁의행위에 대한 방어수단으로 인정되는 것이므로, 근로자가 업무에 복귀하겠다는 의사 역시 일부 근로자들이 개별적·부분적으로 밝히는 것만으로는 부족하다. 그 복귀의사는 반드시 조합원들의 찬반투표를 거쳐 결정되어야 하는 것은 아니지만 사용자가 경영의 예측가능성과 안정을 이룰 수 있는 정도로 집단적·객관적으로 표시되어야 한다.

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, ‘노조법’)에서 사용자에게 직장폐쇄라는 쟁의행위가 인정된다. 이것은 근로자 측의 쟁의행위의 구체적인 태양여하에 따라서는 오히려 노사 간의 세력 균형이 파괴되고, 사용자 측이 현저히 불리한 압력을 받거나 상황에 놓이게 되어 형평의 원칙에 비추어 사용자

1) 원심 판결 : 대구지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013나7545 판결.

측에 그러한 압력을 저지하고 노사간의 세력의 균형을 회복하기 위한 대항 방어수단으로서 직장폐쇄가 필요하다고 보기 때문이다. 이러한 측면에서 사용자의 직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있는데, 노동조합의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하는 경우에는 정당성이 인정될 수 없다.

그동안 판례 역시 이런 법리에 충실했다. 발레오전장시스템코리아 사건에서도 대법원은 “직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받지 못하는 경우에는 사용자는 직장폐쇄 기간 동안의 대상 근로자에 대한 임금지불의무를 면할 수 없고, 근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하지만, 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질된 경우에는 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실하고, 이에 따라 사용자는 그 기간 동안의 임금지불의무를 면할 수 없다.”라고 판시한 바 있다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다85335 판결).

대상판결의 사건개요는 S브레이크 주식회사와 민주노총 전국금속노동조합 대구지부 ○○브레이크 지회(이하, ‘○○지회’)가 임·단협 교섭을 진행하던 중 ○○지회가 2010. 6. 25.부터 전면·부분 파업에 들어가자 S브레이크 주식회사는 2010. 8. 23.부터 같은 해 10. 19.까지 직장폐쇄를 했고, 그 과정에서 ○○지회 조합원 241명은 같은 해 9. 6. 파업 철회와 근로복귀 의사를 밝히고, 근로제공확약서를 수차례 S브레이크 주식회사에 발송하였으나, 회사 측은 직장폐쇄를 철회하지 않았고, 이에 대해 3명의 조합원(간부)이 “적극적인 업무 복귀 의사를 나타냈음에도 계속 직장을 폐쇄한 것은 위법하므로 그 기간에 해당하는 임금을 지급하라.”고 소송을 제기했던 것이다.

대상판결은 “① ○○지회가 이 사건 직장폐쇄가 이루어진 다음 날부터 피고에게 여러 차례 근로복귀 의사를 표명하는 서면을 보내고 2010. 9. 6. 원고들을 포함한 조합원 241명의 근로제공확약서를 발송하였으며, 2010. 9. 15. 경북지방노동위원회에 쟁의행위 철회신고를 제출한 점, ② 이에 대구지방고용

노동청은 ○○지회와의 면담 등을 거쳐 2010. 9. 28. 피고에게 ‘원고들을 포함한 조합원 241명의 근로복귀 의사에 진정성이 없다고 단정하기 곤란하다’는 판단과 함께 ‘직장폐쇄의 지속 여부에 대한 재검토 및 성실한 교섭을 촉구’하는 서면을 발송하였으며, 피고가 같은 날 위 서면을 확인한 것으로 보이는 점, ③ ○○지회의 약 2개월에 걸친 이 사건 파업으로 인해 제품 생산에 상당한 차질이 초래되는 등 타격을 입은 피고로서도 쟁의행위 철회신고서가 제출되지 않은 상태에서 ○○지회가 보내온 조합원 241명의 근로제공 확약서만으로 곧바로 이들의 근로복귀 의사의 진정성을 확인하였다고 보기는 어려운 점 등의 사정을 들어, 적어도 피고가 대구지방고용노동청으로부터 ‘직장폐쇄의 지속 여부에 대한 재검토 및 성실한 교섭을 촉구’하는 서면을 받은 2010. 9. 28.경에는 ○○지회가 쟁의행위 철회신고서를 제출한 사실 및 원고들을 포함한 조합원들의 근로복귀 의사의 진정성을 확인하였다고 봄이 타당하다고 보아, 피고가 2010. 9. 28.부터 2010. 10. 19.까지 22일간 이 사건 직장폐쇄를 계속 유지한 것은 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있다고 할 수 없어 위법한 직장폐쇄라고 판단하고, 그 기간 동안 피고의 원고들에 대한 임금지불의무를 인정한 판단에 법리를 오해한 잘못이 없다.’며 상고를 기각했다.

대상판결은 발레오전장시스템코리아 사건에서와 마찬가지로 직장폐쇄 정당성의 요건은 직장폐쇄가 개시될 때뿐 아니라 계속되고 있는 동안 줄곧 유지되어야 하고, 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하더라도 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시했음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 공격적 직장폐쇄로 변질된 경우, 정당성을 상실하고 사용자는 정당성 상실 이후의 직장폐쇄 기간 동안의 임금지불의무를 면할 수 없다는 점을 명확히 하였는바, 이에 대하여는 이론이 없다 할 것이다.

그런데, 근로자 측의 쟁의행위에 대항하는 의미로서의 직장폐쇄는 노사간의 분쟁상태에 있어서 원만한 타협안을 찾지 못한 경우에 발생하는 것이고, 그 내용은 임금상실의 초래와 임금부지급으로 나타나게 되는데, 결국 이는 양자 간의 힘의 균형점이 대등하도록 하자는 원칙에서 출발한다고 본다면 직장폐쇄 실시 후 대등한 상태에서 일방 당사자인 근로자 측의 노동조합이 쟁의행위의 철회의사를 통지한 경우 이에 대하여 사용자 측이 직장폐쇄

를 종료하지 않고 지속하는 경우에는 직장폐쇄의 실질적 요건 중 목적의 정당성, 특히 방어성을 상실하게 된다는 점에서 노동조합의 진정한 조업복귀, 업무복귀 의사표시의 시점을 언제로 볼 것인지에 대하여는 판례는 통일되어 있지 않은 것으로 판단된다.

대상판결은 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무를 복귀할 의사를 표시하는 경우, 업무에 복귀하겠다는 의사는 일부 근로자들이 개별적·부분적으로 밝히는 것만으로는 부족하고, 반드시 조합원들의 찬반투표를 거쳐 결정되어야 하는 것은 아니지만 사용자가 경영의 예측가능성과 안정을 이룰 수 있는 정도로 집단적·객관적으로 표시되어야 한다고 보아, 위법한 직장폐쇄가 되는 시점은 조합원들이 근로제공확약서를 제출한 2010.9.6.이 아니라 고용노동청이 직장폐쇄 지속여부의 재검토를 촉구하는 서면을 발송한 2010.9.28.부터라고 본 원심을 수긍하였으나, ○○지회가 수회에 걸쳐 업무복귀 의사와 241명에 이르는 조합원들이 근로제공확약서까지 제출하였다면, ○○지회가 직장폐쇄로 인한 경제적 압력을 일시 모면하고자 하였다거나 노동자들의 노무제공 의사가 없었다고 단정하기 어렵고, 따라서 근로제공 확약서를 받은 후 44일간 직장폐쇄를 유지한 것은 파업에 대한 소극적 쟁의수단을 벗어난 것이라고 판단할 수 있지 않을까 한다.

노동조합이 쟁의행위를 중지하고 정상적인 업무에 들어가 평화적인 단체교섭에 의해 분쟁을 해결할 것이라는 의사 표시를 하고 이를 인정할 객관적인 상황이 있는 경우 마땅히 직장폐쇄를 중단해야 한다고 본다. 그렇다면 관할 고용노동지청의 촉구서면을 받은 날부터는 “회사가 노동조합의 진정성 있는 복귀 의사를 확인한 것으로 볼 수 있다.”는 대상판결의 결론은 아쉬움이 있고, 특히 사용자가 2010.8.23. 직장폐쇄를 단행하면서 조합원들의 노조 사무실 출입을 통제하고, 조합원들을 개별적으로 선별하여 복귀시킨 후 휴대전화를 일괄 수거하여 보관하면서 여성 등 일부를 제외한 대부분의 복귀 조합원들을 회사 내에서 숙식케 함으로써 외부 조합원들과의 접촉을 차단하는 등 노동조합 조직의 와해를 유도하여 노동조합의 조직 또는 운영에 지배·개입하였음을 이유로 부당노동행위로 유죄판결을 받기까지 하였는바(대법원 2016.3.10. 선고 2013도7186 판결), 회사가 직장폐쇄를 기회로 삼아 노동조합의 조직력을 약화시키기 위해 공격적 목적을 가지고 직장폐쇄를 계속 유지했음이 드러났다고 볼 수 있고, 그렇다면 2010.9.6. 원고들을 포함한 조

합원 241명의 근로제공확약서를 근로자 측의 업무복귀의 진정한 의사로 보지 않을 이유가 없음에도 이에 대한 검토가 부족하지 않았나 하는 의문이 든다. 향후 법원의 직장폐쇄와 관련한 파업철회와 업무복귀에 관한 의사에 대한 좀 더 면밀하고도 적극적 판단을 기대해 본다.

» 권오상(노무법인 유앤 공인노무사)

불법 직장폐쇄에 대한 직장점거행위의 책임

- 대법원 2017. 4. 7. 선고 2013두16418 판결 -

【판결요지】

파업시 사용자의 의사에 반하여 직장에 체류하는 쟁의수단인 직장점거는 사용자 측의 점유를 완전히 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는 부분적, 병존적 점거일 경우에 한하여 정당성이 인정되는바, 사용자에 의한 위법한 직장폐쇄의 경우에도 근로자들이 사용자 측의 점유를 배제하기 위한 직장점거행위는 불법 쟁의행위로서 징계의 정당한 사유가 된다.

우선 이 사건의 사실관계를 확인해 보면, 다음과 같다.

날 짜	내 용
2010. 1. 7	임시 노사협의회 개최(계열사 설비증설 관련, 고용안정 등 합의)
2010. 3. 30	2010년 이 사건 노동조합 지회(이하, '지회') 보충교섭 시작
2010. 5. 18 ~ 5. 28	쟁의조정신청, 파업찬반투표(파업결의), 경북지노위 조정중지결정
2010. 6. 1	이 사건 노동조합 대구지부 쟁의행위 돌입
2010. 6. 25 ~ 8. 20	이 사건 지회 산발적 부분파업 실시(징계사유 1)
2010. 8. 23	직장폐쇄(직장폐쇄 1), 이후 이 사건 지회의 쟁의행위 이어감(징계사유 2)
2010. 8. 24	직장폐쇄 이후 이 사건 지회는 사용자에게 파업중단서면을 보내는 한편 직장폐쇄 중단 및 교섭재개를 요청하는 서면을 수차례 제출
2010. 9. 6 ~ 9. 9	이 사건 지회, 사용자에게 개별조합원들의 근무확약서 및 “전조합원 현장복귀 요청 건” 공문 제출(직장폐쇄 계속 유지: 직장폐쇄 2)
2010. 9. 14	이 사건 지회의 조합원들이 사용자 회사 진입 시도(징계사유 3)
2010. 9. 15	이 사건 지회, 쟁의행위 신고 철회서 경북지노위에 제출
2010. 9. 30	조합원 전체 동시 현장 복귀 결의
2010. 10. 4	이 사건 지회 조합원 80여 명 회사 진입, 10시간 머물(징계사유 4)
2010. 10. 17	2010. 10. 17.까지 조합원 23명을 제외한 조합원들 업무 복귀
2010. 10. 19	사용자 직장폐쇄 해제
2010. 11. 19	사용자 징계결의

이 사건에서 쟁점은 사용자가 위 징계사유 1, 2, 3, 4에 해당하는 사실관계에 기반하여 사용자 측의 쟁의행위인 직장폐쇄(시기상 구분하여 조합원들의 현장복귀 결의가 있기 전 직장폐쇄를 직장폐쇄 1, 그 이후의 직장폐쇄를 직장폐쇄 2로 표시)를 하면서 쟁의행위가 종료된 후 근로자들을 징계한 것이 정당한지 여부에 관한 것이다. 부당해고 및 부당노동행위 구제신청사건으로서 경북지노위(2011. 3. 4. 경북2011부해9~11,13,15/부노2~6병합)부터 시작된 이 사건에서 노동위원회와 법원은 직장폐쇄 1은 근로자들의 쟁의행위에 대한 사용자의 합법적 쟁의행위였지만, 근로자들이 현장복귀를 선언한 후 이어진 직장폐쇄 2는 공격적인 불법적 쟁의행위라고 판단하였다. 근로자들의 현장복귀 선언은 곧 파업철회라고 할 수 있는데, 그럼에도 불구하고 사용자가 직장폐쇄를 해제하지 않는 것은 사용자에게 의한 선제적·공격적 쟁의행위가 되기 때문이다(대구지방고용노동청이 직장폐쇄를 해제할 것을 촉구하기도 하였다). 이러한 판단에 따라 이 글에서도 직장폐쇄 1은 합법적이었지만 직장폐쇄 2는 불법적이었던 것으로 전제한다.

한편, 노동위원회와 법원은 이 사건 근로자들의 쟁의행위 목적이 정당하지 않았다고 보았다. 노동조합 지회의 소식지를 근거로 하여, 이 사건 근로자들의 쟁의행위가 노조 전임자의 수와 처우에 대한 것, 회사의 계열사 공장 증설 및 외주화 중단 등에 관한 것이었음을 확인하면서 이러한 사항들은 불법적인 것이거나 사용자의 경영권에 속하는 사항이었다고 본 것이다. 물론 사건 전체에서 근로자들은 쟁의행위의 정당성을 주장하면서, 정당한 쟁의행위에 참가하였음을 이유로 한 징계가 부당함을 주장하지만 노동위원회와 법원 모두 일관되게 이를 인정하지 않았으므로, 이 글에서도 일단 이 사건 근로자들의 쟁의행위는 목적의 정당성이 결여되었던 것으로 전제한다.

위와 같은 전제 아래에서 문제되는 것은, 징계사유 1 및 2는 법원이 정당한 징계사유로 인정하지 않았으므로, 불법적 직장폐쇄기간 중 발생한 징계사유 3 및 4에 대한 것이다.

직장폐쇄에 따른 쟁의행위와 관련하여, 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받는 경우에도 사업장 내의 노조사무실 등 정상적인 노조활동에 필요한 시설, 기숙사 등 기본적인 생활근거지에 대한 출입은 허용되어야 한다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2009도12180 판결 등 참조). 그러므로 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 인정되지 않는 경우

에는 다른 특별한 사정이 없는 한 근로자가 평소 출입이 허용되는 사업장 안에 들어가는 행위는 주거침입죄 등의 범죄 구성요건해당성이 성립하지 않는다(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도2243 판결 참조). 그렇다면 정당한 쟁의행위로 인정되지 않는 직장폐쇄의 경우에는 근로자들이 사업장 안에 들어가 쟁의행위를 할 수도 있다고 해석해야 하는 것이 아닌가 하는 생각이 드는데, “사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 인정되지 아니하는 때에는 적법한 쟁의행위로서 사업장을 점거 중인 근로자들이 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거 요구를 받고 이에 불응한 채 직장점거를 계속하더라도 퇴거불응죄가 성립하지 아니한다.”는 판례가 있다(대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도 5204 판결). 이 판례에 대해서는 “직장점거에 대해서 퇴거불응의 형사책임이 인정되는지 여부의 판단 부분에 관한 한 기존의 판례법리를 사실상 변경한 것이나 다름없는 측면이 있다.”고 보는 견해가 있다.¹⁾ 다만 이러한 일련의 판례들은 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위였는지와는 무관하게, 사업장을 점거 중인 근로자들의 쟁의행위가 정당한 경우에 대한 것들이다.

한편, 판례는 근로자들의 직장점거에 대하여 파업과 같은 주된 쟁의행위를 보조하는 적극적 수단으로 이해하면서 “직장점거는 파업시 사용자에 의한 방해를 막고 변화하는 정세에 기민하게 대처하기 위하여 퇴거하지 않고 사용자의 의사에 반하여 직장에 체류하는 쟁의수단이므로 사용자 측의 점유를 완전히 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는 부분적·병존적 점거일 경우에 한하여 정당성이 인정되는 것이고, 이를 넘어 사용자의 기업시설을 장기간에 걸쳐 전면적·배타적으로 점유하는 것은 사용자의 시설관리 권능에 대한 침해로서 부당하다고 하여야 할 것이다.”고 판단한다(대법원 1990. 10. 12. 선고 90도1431 판결). 직장점거행위의 내용이나 목적 등에 대해서는 별도로 판단하지 않고, 직장점거라는 사실행위에 대해서만 판단을 하는 경향이다. 그런데 노동조합의 직장점거행위를 두 가지 유형으로 구분하고, ① 직장점거행위가 노무제공과 결합되어 있는 사용자의 조업을 저지하기 위한 수단으로 이루어지는 경우에는 쟁의행위 수단의 정당성 문제가 언급될 수 있지만, ② 노동조합이 단결력을 과시하거나 파업의 동력을 유지하기 위한 시위의 일환

1) 정인섭(2008), 「직장점거, 직장폐쇄 그리고 퇴거불응」, 『산업관계연구』 제18권 제1호, 한국고용노동사관계학회, p.111.

으로 이루어지는 직장점거의 경우에는 조업을 방해하는 요소가 포함되어 있지 않기 때문에 엄밀한 의미에서의 쟁의행위에 해당하지 않는 노동조합의 파업기간 중의 조합활동 내지는 단결활동이기 때문에 쟁의행위의 정당성 문제를 발생시키지 않는다는 견해가 있다.²⁾ 이 견해는 직장점거행위의 본질적 성질을 분석하면서, 판례가 직장점거행위를 이해하는 것과 같이 파업과 같은 주된 쟁의행위의 보조적 성질을 갖는 직장점거행위는 쟁의행위에 수반되는 단결활동의 일환으로 이해하여야 할 수도 있음을 보여준다.

검토 대상 사건으로 돌아와, 사실관계를 통해 확인한 바와 같이 이 사건은 1차적으로는 노동조합의 부당한 쟁의행위에 대한 사용자의 합법적 직장폐쇄가 시작이 되었지만, 직장폐쇄 후 노동조합이 파업철회를 선언하고 업무복귀의사를 사용자에게 통보하였음에도 계속된 불법적 직장폐쇄 과정에서 일부 근로자들이 사업장에 진입을 한 것에 대한 문제이다. 근로자들의 쟁의행위가 정당한 것이었다면 아마도 사용자에게 이 사건 근로자들에 대한 징계권은 발생하지 않았다고 판단해야 했을 것이다. 그러나 목적의 정당성을 상실한 쟁의행위가 이루어졌고, 그 부당한 쟁의행위 수단으로 이용된 근로자들의 직장점거행위 또한 부당한 것으로 인정될 수밖에 없었을 것이라고 보인다.

그러나 우선, 이 사건에 대한 지노위 판정문부터 대법원 판결문까지 전부를 숙독하여도 어느 정도로 전면적·배타적인 점유행위가 근로자들의 직장점거행위에 의해 이루어졌는지를 발견할 수 없고(징계사유 3에 해당하는 회사진입시도는 경비업체로부터 저지되었고, 징계사유 4에 해당하는 회사진입행위는 실제로 이루어지기는 했지만 어느 정도의 점거행위가 이루어졌는지는 알 수 없었다. 다만 점거시간은 10시간 정도였다.), 다만 “조합원의 수, 진입경위에 비추어 사용자 측의 점유를 배제하기 위한 것으로 보이므로”(이 사건 1심 법원 서울행정법원 2012. 9. 6. 선고 2011구합25922 판결) 정당한 사업장 출입이 아니라고 판단하였을 뿐이라는 점에서 근로자들에 대한 징계사유 3 및 4의 정당성 판단에 대한 의구심이 든다. 둘째, 법원은 이와 같은 불법적인 직장점거행위를 한 근로자들에 대한 징계가 정당하다고 판단하고 있는데, 그 정당성을 판단함에 있어 사용자의 불법적 직장폐쇄는 고려요소가 아

2) 위의 논문, pp.117~118.

니라고 보고 있다. 그런데 전체적인 사실관계를 보자면 근로자들이 파업중 단선언을 한 후 사용자가 불법적 직장폐쇄를 유지하지 않았다면 근로자들의 직장점거행위는 발생하지 않았을 것이다. 근로자들의 의사에 따라 직장폐쇄를 해제하고 근로자들과 단체교섭을 진행하였다면 징계사유3 및 4에 해당하는 행위들은 예방할 수 있었다는 의미이다. 그럼에도 불구하고 사용자의 불법적 직장폐쇄가 근로자들에 대한 징계의 정당성 판단에 대한 고려요소가 아니라는 것은 이해하기가 어려운 부분이다. 또한 앞서 직장점거행위의 유형을 구분하고 있는 견해에 비추어 본다면, 이 사건 근로자들의 직장점거행위는 사용자의 조업을 저지하기 위한 수단으로서의 쟁의행위가 아니라 오히려 직장복귀를 촉구하는 한편 노동조합의 단결력을 보여주기 위한 단결활동으로서 의미를 갖는다. 굳이 이러한 견해를 따르지 않더라도, 파업철회를 선언하고 업무에 복귀하고자 하는 근로자들이 계속되는 사용자의 직장폐쇄에 대항하기 위한 활동으로서 행한 직장진입행위가 과연 쟁의행위성을 갖는다고 볼 수 있는가?

법원은 이 사건 징계사유3 및 4에 해당하는 근로자들의 행위를 쟁의행위로 판단하였음을 확인할 수 있다. 그러나 비록 이 사건 근로자들이 목적의 정당성을 상실한 쟁의행위 과정에 있었기는 하지만, 이 사건의 직장점거행위가 다른 사건들에서 쟁의행위로 인정되는 직장점거행위와 동일한 선상에서 이해될 수 있는 직장점거행위였는지를 판단하였어야 한다고 생각한다. 이 판단에 따라 근로자들에 대한 사용자의 해고 등 징계처분의 정당성 판단도 달라졌어야 했을 것이다.

» 박은정(인제대학교 공공인재학부 교수)

필수유지업무 유지·운영 위반죄 : 2014년 철도노조 총회 사건

- 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016도17412 판결 -

【판결요지】

대법원은 “이 사건 총회 개최가 쟁의행위에 해당하는지에 관하여 보건대, 노조법 제42조의2 제2항은 ‘필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다’라고 규정하고 있는 바, 이는 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 정당한 쟁의행위가 될 수 없다는 것이지, 위와 같은 행위를 쟁의행위로 간주한다는 의미는 아닌 점을 더하여 보면, 이 사건 총회 개최가 쟁의행위로서 행한 것이라고 인정하기에 부족하고, … 또한, 필수유지업무의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위가 있었다 하더라도 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활에 대한 구체적 위험이 발생하지 않은 경우에는 노조법 제42조의2 제2항 위반죄가 성립하지 않는다고 해석함이 타당하다.”라는 원심 판결을 인용하면서 검사의 상고를 기각하였다.

대상판결인 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016도17412 판결은 2014년 철도노조의 조합원 총회에 대한 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, ‘노조법’) 제42조의2 제2항(필수유지업무에 대한 쟁의행위의 제한)¹⁾ 위반 여부를 판단한 사건이다.

철도노조는 철도공사가 기존에 시행되어 오던 인사와는 다른 방식으로 차량분야에 순환전보 및 정기인사교류를 실시하자, 이에 대한 조합원들의 의견 수렴을 위해 총회를 개최하였다. 차량분야는 조합원들이 교대제로 근무하는 근무형태로 인해 전체 조합원들이 총회에 참석하려면 근무시간 중에 총회를 개최할 수밖에 없었고, 각 사업소별로 총회가 진행되었다. 서울차량사업소에서 차량관리원으로서 필수유지업무 근로자로 지명된 조합원들이

1) 제42조의2(필수유지업무에 대한 쟁의행위의 제한) ② 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

2014년 4월 5일 9시부터 23시까지(33명), 2014년 4월 8일 9시부터 11시까지(11명), 2014년 4월 9일 9시 20분부터 9시 40분까지(8명)이 총회에 참석하였고, 수색차량사업소에서는 2014년 4월 7일 9시 20분부터 10시 15분까지(6명), 2014년 4월 8일 9시부터 10시 45분까지(8명)이 총회에 참석하였다. 이에 대해서 차량관리원으로서 필수유지업무 근로자로 지명된 조합원들이 총회에 참석한 것은 노조법 제42조의2 제2항 위반에 해당한다며 기소된 사건이다.

1심(서울서부지방법원 2016. 5. 13. 선고 2015고정226 판결)은 총회의 개최가 쟁의행위라고 인정하기에는 부족하고, 이 사건 총회로 필수유지업무에 관한 구체적 위험이 발생하였다고 인정하기에도 부족하다고 하면서, 무죄를 선고하였다. 원심(서울서부지법 제2형사부 2016. 10. 6. 선고 2016노652 판결)도 1심의 법리를 인용하면서 무죄를 선고하였고, 대법원도 무죄를 확정하였다.

대상 판결에서 쟁점이 된 사항은 “조합원 총회의 쟁의행위 해당 여부”와 “제42조의2 제2항 위반죄 성립 여부”이다. 이하에서 각각 검토하기로 한다.

1. 조합원 총회는 쟁의행위에 해당하는가?

항소 이유를 보면, 이 사건 총회가 사용자의 승인 없이 근로시간 중에 진행된 점, 조합원 사이의 대책 논의를 반드시 조합 총회 형태로 진행하여야 하는 것은 아닌 점, 필수유지업무 근로자로 지명된 근로자들이 사측의 지속적인 복귀 명령에도 불구하고 노무 제공을 거부한 점 등을 근거로 이 사건 총회는 쟁의행위에 해당한다고 주장하고 있다.

노조법 제2조 제6호는 쟁의행위를 “파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”로 정의하고 있다. 따라서 쟁의행위에 해당하려면 ‘주장관철의 목적’과 ‘업무저해행위’가 있어야 한다.²⁾

이 두 요건을 갖추지 않은 경우 쟁의행위가 아니라 조합활동에 해당하게 된다. 노동조합의 총회·보고대회·체육행사 등의 집회는 대표적인 조합활동에 해당한다. 사용자의 승낙 없이 근무시간 중에 조합활동을 하는 것은 정당성이 인정되지 않지만, 예외적으로 교대근무 형태 때문에 전체 조합원이

2) 임종률(2017), 『노동법』 제15판, 박영사, pp.208-209.

참석하기 위하여 근무시간에 소집할 필요가 있었다는 등의 사정이 있는 경우에는 정당성이 인정된다.³⁾ 따라서 조합원들이 교대로 근무하는 철도공사에서 철도노조는 근무시간에 조합원 총회를 개최할 수밖에 없었고, 이는 조합활동으로 그 정당성이 인정된다고 할 것이다. 따라서 총회가 쟁의행위에 해당한다는 검사 측의 주장을 기각한 대상 판결의 입장은 타당하다.

2. 필수유지업무 유지·운영(노조법 제42조의2 제2항) 위반죄

항소 이유 등을 보면, 검사는 필수유지업무의 유지·운영을 방해하는 것은 그 자체로 위헌성이 야기되는 것이기 때문에 노조법 제42조의2 제2항 위반에 해당한다고 주장한다.

노조법 제42조의2 제2항은 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위”를 쟁의행위로서 금지하고 있고, 이를 위반할 경우 노조법 제89조 제1호에 의해 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1심 법원은 “노조법 제42조의2 제2항은 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활이 현저하게 위태롭게 되는 것을 방지할 목적으로 규정된 점, 위 규정이 범죄의 구성요건인 점 등을 종합적으로 고려하면, 필수유지업무의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위가 있었다 하더라도 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활에 대한 구체적 위험이 발생하지 않은 경우에는 노조법 제89조 제1호, 제42조의2 제2항 위반죄가 성립하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다(안전보호시설에 관한 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결 참조).”라고 하면서 이 사건 총회로 인하여 차량이 정비되지 않은 채 출고되었다거나, 운휴되거나, 지연된 사례가 없는 점 등을 감안하면 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활에 어떤 구체적 위험이 발생하였다고 인정하기에 부족하다며 무죄를 판시하였다.

3) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93도613 판결.

원심 역시 동일한 판결을 인용하면서 무죄를 판시하였고, 대법원도 동일한 입장을 견지하며 무죄를 확정하였다.

1.에서 검토한 바와 같이, 대상판결의 조합원 총회는 정의행위에 해당하지 않기 때문에, 필수유지업무에 대한 정의행위 제한 규정인 노조법 제42조의2 제2항 자체가 성립할 여지가 없다. 그럼에도 불구하고 대상판결들(1심, 원심, 대법원)은 조합원 총회가 정의행위에 해당하지는 않는다고 하면서도 노조법 제42조의2 제2항 위반 여부에 대해서 판단함으로써, 법원이 검사 측의 주장(조합원 총회가 정의행위에 해당한다)을 받아들이는 것처럼 해석될 여지를 남겼다는 면에서 아쉬움이 남는다.

작년부터 노조법 제42조의2 제2항 위반이 문제가 된 사건들에 대한 대법원 판결이 나오고 있다. 본 판결 외에 노조법 제42조의2 제2항 위반이 문제가 된 사건으로는 2013년 인천공항 파업 사건이 있다(대법원 2016. 4. 12. 선고 2015도17326 판결).

필수유지업무제도 도입 후 10년 만에 필수유지업무 유지·운영 위반죄(노조법 제42조의2 제2항) 성립 여부가 쟁점이 된 판결들이 나오는 것을 보면서, 문득 이런 생각이 떠올랐다. ‘이것은 혹시 2011년 업무방해죄 전합 판결(대법원 2011. 3. 17, 선고 2007도482 판결) 이후, 정의행위에 대한 업무방해죄 성립 요건이 엄격해지자 필수공익사업장에서 정의행위를 처벌하기 어려워진, 그래서 필수공익사업에 종사하는 근로자들의 파업권을 억압하기 어려워진 누군가가 필수공익사업에서 파업권 억압의 새로운 기제로 노조법 제42조의2 제2항의 적용을 찾아낸 것이 아닐까.’

2013년 인천공항 파업 사건과 달리, 조합원 총회에 대해서도 노조법 제42조의2 제2항 위반 여부로 ‘무리하게’ 기소한 대상판결을 보면서 자꾸 의심이 드는 것은 어쩔 수 없다. 이런 의심이 그저 기우에 해당하기만을 바랄 뿐이다.

» 신수정(서울시립대학교 강사)

쟁의행위가 제한되는

‘주요방위산업체 종사근로자’의 범위

- 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3185 판결 -

【판결요지】

주요방위산업체의 원활한 가동이 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소라는 점에서 법률로써 주요방위산업체 종사자의 단체행동권을 제한하거나 금지하는 것이 불가피한 면은 있으나, 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권 제한입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙, 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙에 비추어 볼 때 노조법 제41조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지됨으로써 기본권이 중대하게 제한되는 근로자의 범위는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 한다.

이 사건은 주요방위산업체인 A주식회사의 사내협력업체인 B주식회사에 종사하는 근로자가 2014년 11월 6일부터 2015년 1월 23일까지 총 32회에 걸쳐 파업을 한 것이 주요방위산업체 종사자의 쟁의행위를 금지하고 있는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, ‘노조법’) 제41조 제2항에 위배된다고 보아 동법 제91조의 벌칙 조항을 적용하여 기소한 사건이다. 원심(울산지방법원 2016. 2. 5. 선고 2015노970 판결)은 해당 근로자가 주요방위산업체의 하수급업체 근로자이기 때문에 노조법 제41조 제2항의 적용대상이 되지 않는다는 이유로 무죄로 판단하였고, 대상판결에서 대법원 역시 원심의 판단이 정당하다고 판단하였다.

원심과 대법원이 해당 근로자가 쟁의행위가 금지되는 주요방위산업체 종사근로자에 해당하지 않아 무죄라고 판단한 논거는 크게 두 가지이다. 하나는 기본권 제한입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙이며, 또 다른 하나는 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙이다. 노조법 제41조 제2항에서 주요방위산업체 종사근로자에 대해 쟁의행위를 제한하고 있는 것은 헌법 제33조 제3항에서 기인한다. 헌법 제33조 제3항에서는 제1항의 모든 근로자에게는 노동3권이 보장된다는 선언에도 불구하고 법률

이 정하는 바에 따라 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한하거나 인정하지 않을 수 있도록 규정하고 있다. 헌법 제33조 제3항을 근거로 한 노조법 제41조 제2항의 주요방위산업체 종사근로자에 대한 기본권 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한의 원칙에 따라 그 침해는 목적 달성을 위한 최소한에 그쳐야 한다. 그리고 노조법 제41조 제2항 위반은 형사처벌 대상이기 때문에 죄형법정주의 원칙에 따라 그 적용에 있어 엄격한 해석이 요구된다.

이러한 두 가지 논거를 바탕으로 주요방위산업체의 하수급업체 근로자에 대해서는 노조법 제41조 제2항이 적용되지 않는다고 본 법원의 판단은 옳다고 할 수 있다. 헌법상 근로자에게 당연히 보장되어야 할 노동3권 중 일부에 대한 제한이라는 점에서 그 적용범위는 최소화하는 것이 앞서 살펴보았던 기본권 제한 원칙에는 물론 헌법 제33조 제3항의 취지에도 부합한다고 할 것이다.

다만, 그 결론의 정당함에도 불구하고 다음과 같은 문제는 생각해 볼 필요가 있다. 우선 헌법 제33조 제3항과 노조법 제41조 제2항의 취지와 관련해서인데, 노동3권이 근로자에게 당연히 보장되어야 할 기본권임에도 불구하고 우리 헌법과 노조법이 특정 근로자에 대해 그 권리를 제한하는 데에는 기본권 보장보다 더 큰 목적이 있기 때문이라고 할 수 있다. 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한함으로써 달성하고자 하는 목적은 분명 국가 안보를 위한 주요방위산업체의 안정적 운영이라고 할 수 있다. 그렇다고 한다면 기본권 제한 원칙 및 죄형법정주의 등에 따라 하수급업체 근로자를 적용대상에서 제외하는 것은 법 논리적으로 당연하다고 하여도 하수급업체 근로자들의 쟁의행위 허용으로 인해 만약 주요방위산업체의 운영이 불가능해지거나 차질이 발생하게 된다고 한다면 헌법과 노조법이 쟁의행위 제한을 통해 달성하고자 하는 목적 달성이 어려워지는 상황이 발생하게 되는데, 이는 어떻게 보아야 할까? 물론 그렇다고 하더라도 이것이 하수급업체 근로자에 대해서까지 쟁의행위를 제한할 수 있는 근거로 활용될 수는 없을 것이지만, 법 논리적으로 쟁의행위 제한 근로자의 범위를 설정하면서도 쟁의행위 제한 입법의 목적 달성을 위한 방안은 요구된다고 할 것이다. 결국 우리 헌법의 목적인 국가 안보를 위한 주요방위산업체의 안정적 운영을 추구하기 위해 종사 근로자들의 쟁의행위를 제한하고 있음에도 주요방위산업체가 도급 등을 통해 업무를 분사하여 운영하는 경우에 있어서는 하수급업

체 근로자들에게까지는 쟁의행위 제한이 불가능하다고 한다면, 주요방위산업체의 안정적 운영이라는 목적 달성을 위해 주요방위산업체의 업무 도급을 금지하는 방안을 강구할 필요가 있다고 생각된다. 이것이 근로자들의 기본권 제한을 최소화하면서 국가 안보를 위한 주요방위산업체의 안정적 운영을 보장하는 방안이기 때문이다.

주요방위산업체 종사근로자 외에도 노조법에 따라 쟁의행위가 일부 제한되는 근로자가 있다. 대표적인 것이 필수공익사업 종사근로자인데, 우리 노조법은 필수공익사업장의 쟁의행위에 대해 필수유지업무 유지와 대체근로 부분 허용이라는 방식으로 근로자의 쟁의행위권을 일부 제한하고 있다. 물론 우리 노조법이 주요방위산업체의 쟁의행위 제한에 있어서는 근로자에게 직접 쟁의행위를 금지하는 제한을 하고 있는 반면에 필수공익사업에 있어서는 필수유지업무 유지와 대체근로 허용이라는 간접적인 방식의 제한을 하고 있다는 점에서 이 둘을 동일선상에서 비교하는 것이 적절하지 않을 수도 있으나, 근로자 입장에서는 쟁의행위의 제한이라는 결과 측면에서 동일하다고 할 수 있어 비교에 의미가 있다고 할 수 있다. 과거 하급심(서울행정법원 2009. 11. 6. 선고 2009구합16909 판결)은 “필수유지업무는 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무이기 때문에 필수공익사업의 운영주체가 직접 이를 수행하는지 여부와 관계 없이 항상 최소한의 범위 내에서 그 유지·운영이 담보되어야 할 필요가 있다.”고 판단하여 병원과 시설유지보수 및 관리용역계약을 체결하고 업무를 수행하고 있던 업체에 대해 쟁의행위 중 필수유지업무를 유지하여야 한다고 판시한 바 있다. 결국 실제 필수공익사업 소속이 아니더라도 근로자들이 속해 있는 회사가 도급 및 용역계약을 통해 필수공익사업으로부터 업무를 수급하게 되면 근로자들은 필수유지업무 유지를 위해 쟁의행위가 일부 제한되는 불이익을 감수하여야 하게 된다. 근로자들의 쟁의권 보장 여부가 사용자의 업무 수급에 따라 결정된다는 점에서 불합리하다고 할 수 있다. 대상판결과 동일한 관점에서 필수유지업무 유지 의무를 필수공익사업으로만 국한하도록 해석하고, 이에 따라 필수유지업무 유지를 위해 필수공익사업이 필수유지업무에 해당하는 업무를 하도급 주는 것을 제한하는 방향으로 나아가야 할 것이라고 생각한다.

조합활동의 정당성

- 대법원 2017. 8. 18. 선고 2017다227325 판결 -

【판결요지】

사용자가 징계사유로 삼은 근로자의 행위가 선전방송이나 유인물의 배포인 경우 선전방송이나 유인물의 배포가 사용자의 허가를 받도록 되어 있다고 하더라도 노동조합의 정당한 업무를 위한 선전방송이나 유인물의 배포 행위까지 금지할 수는 없는 것이므로 그 행위가 정당한지 여부는 사용자의 허가 여부만을 가지고 판단하여서는 아니되고, 그 선전방송이나 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기, 대상, 방법, 이로 인한 기업이나 업무에의 영향 등을 기준으로 노동조합의 정당한 업무를 위한 행위로 볼 수 있는지를 살펴본 다음 판단하여야 한다.

한편, 노동조합활동으로 이루어진 선전방송이나 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격·신용·명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 그 선전방송이나 문서에 기재되어 있는 사실 관계의 일부가 허위이거나 그 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 그 선전방송이나 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 노동조합원들의 단결이나 근로조건 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것이고, 또 그 선전방송이나 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면, 그와 같은 행위는 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 한다.

그리고 이러한 법리는 사용자가 징계사유로 삼은 근로자의 행위가 선전방송이나 유인물의 배포인 경우 그 행위의 정당성 여부를 판단함에 있어서도 마찬가지로 적용된다.

대상판결 사건에서 쟁점이 된 것은 조합활동을 이유로 한 징계처분의 정당성 여부이다.

현대중공업이 2014. 11.경 성과연봉제를 도입하고, 2015. 1.경 경영난을 이유로 한 1,000여명의 희망퇴직 등 구조조정을 진행하자, 이에 대응하기 위해 현대중공업 노동조합은 2015. 3. 9. 원고를 비롯한 대의원들의 행동지침으로

‘수시로 집회를 갖고 조합원과 함께 투쟁 결의를 다지고, 구조조정 반대와 회사규탄, 회사 대표이사의 퇴진 내용 등을 담은 대자보 등을 만들어 현장에 붙일 것’ 등을 결정하였다.

원고는 2015. 3. 11.부터 2015. 4. 29.까지 약 2개월 동안 출근시간 무렵에 도크 게이트나 문화관, 생산기술관 앞 등에서 12회에 걸쳐 선전방송을 하였고, 2015. 4. 7. 생산기술관 현관 출입문 등에 유인물을 1회 게시하였다. 그 주된 내용은 현대중공업이 명예퇴직을 병자하여 정리해고를 강행하고 있고, 단체협약을 위반한 전환배치가 강제로 이루어지고 있다는 취지인데, ‘여성 노동자들을 강제퇴직시켰다’, ‘경영진들은 아침부터 우리 노동자들을 어떻게 하면 회유하고 협박하고 탄압할 것인지 그런 연구를 하고 있다’는 등 사실과 다른 내용을 포함하거나, ‘살인을 자행하는 ○○○ 사장’, ‘낙하산으로 내려 온 사장’, ‘악마의 얼굴을 갖고 있는 ○○○ 사장’ 등 경영진을 비하하는 표현도 포함되어 있다.

현대중공업 취업규칙에는 회사의 명예나 신용을 훼손하는 행위, 허가 없이 사내에서 방송을 하거나 유인물을 게시하는 행위, 유언비어의 날조 유포 행위 등을 금지하고 있고, 이를 어기거나 회사의 승인 없이 회사의 이익에 반하는 유인물 등을 배포하거나 작업자를 선동 규합하려는 행위를 한 때 등을 징계사유로 규정하고 있다.

현대중공업은 2015. 6. 3. ‘원고가 회사의 허가를 받지 않고 무단으로 선전 방송이나 유인물 게시를 하였고, 이를 통해 허위사실을 유포하고, 경영진을 비하하며 명예를 훼손하는 등 직장 내 근무 질서를 문란하게 하였다’는 이유로 정직 4주의 징계처분을 하였다.

원심은 원고가 회사의 허가 없이 12회 선전 방송을 하고 1회 유인물을 게시하였으며, 그 내용이 피고 회사가 근로자들과 협의 없이 일방적으로 구조 조정을 단행하고 경영진의 책임을 노동자들에게 전가한다는 취지 등이어서 일부 내용이 사실과 다르거나 과장되어 있고 또한 피고 회사의 경영진을 모욕하는 것이라고 판단하여, 위와 같은 선전방송 및 유인물 게시 행위가 노동조합의 정당한 업무를 위한 행위에 해당하여 징계사유가 될 수 없다는 원고의 주장을 배척하였다.

그러나 대법원은 조합활동에 대한 기존의 판례법리를 근거로 징계처분이 무효라고 판시하였다. 즉, “원고의 행위는 노동조합의 대응지침에 따른 노동

조합활동의 일환으로, 회사의 구조정이 노동조합과 충분한 협의 없이 일방적으로 진행되는 데 대한 부당함을 호소하고 근로조건의 개선 및 근로자의 경제적 지위 향상을 도모하기 위한 목적에서 이루어진 것”이고, “원고의 선전방송과 유인물의 주된 내용 역시 회사가 진행하는 구조조정이 사실상 정리해고에 해당함을 지적하고 단체협약을 위반하여 전환배치가 강제로 이루어졌음을 비판하는 것으로, 실제 회사가 진행한 구조조정이나 전환배치 등의 사실을 근거로 한 의견이나 비판으로 보인다. 따라서 비록 그 내용 중 일부가 허위이거나 왜곡되어 있고, 타인의 인격·명예 등이 훼손될 염려가 있는 표현 등이 포함되어 있기는 하지만, 전체적으로 볼 때 그 내용에 허위성이 있다고 단정할 수는 없다.” “원고는 근무시간이 시작되기 이전에 ... 출근하는 근로자들을 대상으로 선전방송을 하였던 것으로 보인다. ... 이러한 원고의 행동이 폭력적이라거나 폭력성을 띄게 될 위험이 있다고 보이지 않고, 한편 이로 인해 실제로 피고 회사의 정상적인 업무수행이 방해되었다거나 피고 회사 내 근무 질서가 문란해졌다고 볼 뚜렷한 증거나 자료도 없다.”라고 판시하였다.

결론적으로, 대법원은 대상사건에서 비록 원고가 취업규칙에서 정한 허가를 받지 않은 채 선전방송과 유인물 게시 행위를 하였고, 그 내용에 있어 사실관계 일부가 허위이거나 타인의 인격·명예 등을 훼손하는 표현 등이 포함되어 있다고 하더라도, 이는 노동조합의 정당한 업무를 위한 행위에 해당된다고 볼 여지가 크고, 따라서 이를 이유로 한 징계는 허용되지 않는다고 보았다. 조합활동에 대한 기존의 판례 법리에 따라 판시한 대법원의 판결은 타당하고, 이에 찬동하는 바이다.

한 가지 지적을 하자면, “정리해고 등 기업의 구조조정은 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로 원칙적으로 단체교섭의 대상이 아니기 때문에” 이를 반대하는 선전방송과 유인물 게시 행위는 정당한 조합활동이 아니고, 따라서 이를 이유로 한 징계는 정당하다고 판시한 부산고등법원(2017. 4. 19. 선고 2016나55424 판결)은 조합활동의 목적을 쟁의행위의 목적과 동일하게 판단한 것이라 생각된다. 즉, “조합활동이 정당성을 가지려면 근로조건의 유지 개선이나 단결의 유지 강화를 목적으로 하여야 한다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결).”는 판례 법리에 입각하여 근로조건의 유지 개선을 쟁의행위의 목적처럼 엄격하게 판단한 것으로 생각된다. 그러

나 구조조정보다 근로자의 근로조건에 중대한 영향을 미치는 것은 무엇이 있을까. 언제까지 기업의 구조조정을 고도의 경영상 결단으로 볼 것인지 갑갑할 따름이다.

» 신수정(서울시립대학교 강사)

쟁의행위를 이유로 한 손해배상청구의 소의 선별적 취하

- 부산고등법원 2017. 8. 24. 선고 2013나9475 판결 -

【판결요지】

피고들은 이 사건 청구금액이 친문학적 금액의 사내유보금을 보유하고 거액의 당기순이익을 벌어들이는 원고에게는 그다지 큰 금액이 아니지만 피고들에게는 수십년치의 연봉에 해당하는 거액으로 이 사건 청구는 피고들을 비롯한 비정규직 근로자들의 정당한 요구를 탄압하기 위한 수단임이 분명하여 권리남용에 해당한다고 주장하나, 피고들의 불법적인 업무방해행위로 인하여 원고에게 거액의 재산상 손해가 발생하였고, 원고는 매출이익의 손해를 모두 제외하고 손해의 일부분인 고정비만을 전보받기 위하여 이 사건 청구를 하고 있는 이상 이를 권리남용이라고 단정할 수 없다.

대상판결은 현대자동차 울산공장의 생산시설을 점거하는 방식으로 쟁의행위를 실시한 금속노조 현대자동차 비정규직 지회(이하, ‘비정규직 지회’)의 조합간부들에게 20억 원의 ‘부진정연대책임’을 인정한 판결이다. 평석은 판결이 인정한 사실관계를 전제로 작성되어야 한다. 그런데 이 사건의 경우에는 현대자동차가 노조탈퇴 등을 조건으로 당초 소를 제기한 29명의 피고들 중 21명에 대한 소를 취하하였고, 이렇게 이 사건 소송에서 제외된 피고들은 판결을 받은 5명의 피고들과 (부진정)연대책임을 지는 자들이라는 점을 고려할 때, 판결이 인정한 사실 이외에 현대자동차와 피고들 간에 소 취하에 관하여 어떠한 교섭과 합의가 있었는지도 고려할 필요가 있다. 현대자동차가 이 사건 손해배상청구의 소를 제기하고, 또 일부 피고들에 대한 소를 취하한 경위를 간략하게 정리하면 다음과 같다.

(1) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결은 현대자동차의 사내하청업체에 소속되어 생산업무를 수행해 온 사내하청 근로자들의 노무제공의 실질은 근로자파견관계라고 판단하였고, 위 판결 이후 현대자동차의 울산, 전주,

이산공장의 비정규직 근로자들이 가입해 있던 금속노조는 현대자동차를 상대로 비정규직 근로자들의 정규직화에 관한 특별교섭을 요구하였으나, 현대자동차는 그 사용자성을 부정하며 특별교섭 요구에 불응하였다.¹⁾

(2) 그러던 2010. 10. 14. 현대자동차의 울산 시트공장의 사내하청업체였던 동성기업과 대성산업이 폐업을 공고하였다. 이후 대성산업의 폐업은 철회되었지만, 동성기업은 같은 해 11. 14.자로 폐업이 결정되었다. 그런데 동성기업의 뒤를 이어 현대자동차와 도급계약을 체결한 청문기업은 동성기업 소속 근로자들에게 “노조를 탈퇴할 경우 청문기업에서 고용계약을 그대로 승계할 것이고, 그렇지 않으면 11. 14.자로 해고된다.”라며 금속노조에서 탈퇴할 것을 종용하였다.

(3) 동성기업 소속 근로자들은 청문기업의 노조탈퇴 요구를 거부하면서 11. 14.자로 동성기업이 폐업되더라도 계속하여 기존의 방식대로 현대자동차에 출근하겠다고 선언하였고, 현대자동차는 2010. 11. 11.경 울산 시트공장 정문에 자바라 문을 설치하는 등 동성기업 소속 근로자들의 출근을 저지하기 위한 조치를 단행하였다.

(4) 한편, 당시 현대자동차의 특별교섭 거부로 교섭결렬상태에 있던 비정규직 지회는 11. 12. 긴급쟁의대책위원회를 개최하여 11. 15. 전 조합원의 2시간 잔업거부와 시트부에 대한 2시간 부분파업지침을 내렸고, 동 지침에 따라 비정규직 근로자 약 30여 명이 11. 15. 새벽 5시 30분경 시트 1공장으로 들어가려 하였으나, 이들의 시도는 현대자동차의 관리자들과 용역경비들에 의해 제압당했다.

(5) 이에 비정규직 지회는 2010. 11. 15. 오후 전면파업을 선언하고, 동 파업 과정에서 울산 1공장 CTS공정의 대체인력 투입을 저지하던 조합원들이 현대자동차측에 밀리자 CTS공정을 점거하였고, 그로부터 25일간 쟁의행위가 진행되었다(이하, ‘본건 쟁의행위’).

1) 특별교섭의 경과에 관한 상세한 내용은 곽상신·조성재(2013), 「현대자동차 비정규직 특별교섭의 쟁점과 평가」, 『월간 노동리뷰』 2013년 4월호, 한국노동연구원, p.7 이하 참조.

(6) 현대자동차는 본건 쟁의행위를 이유로 비정규직 지회 및 조합간부 등을 상대로 다수의 손해배상청구의 소를 제기하였는바, 대상판결은 이러한 소송 중 현대자동차가 전태곤 외 28명을 상대로 제기한 사건(울산지방법원 2010가합8446)의 항소심 판결이다.

(7) 현대자동차는 이 사건 소를 제기한 이후 사내하청업체의 관리자 등을 통하여 피고들에게 “금속노조에서 탈퇴하면 손해배상소송에서 제외하겠다”는 제안을 하였고, 나아가 2014. 9. 18. 및 같은 달 19. 서울중앙지방법원이 현대자동차의 사내하청 근로자 1,179명이 현대자동차에 2년 이상 과건근로를 제공해 왔으므로 현대자동차의 근로자로 의제되거나 현대자동차가 이들을 직접 고용할 의무가 있다는 취지의 판결을 선고하자, 사내하청 근로자들에게 “근로자지위확인의 소를 취하해 주면 현대자동차에서도 손해배상청구의 소를 취하해 주겠다”는 취지로 개별면담을 진행하였다. 이러한 과정을 거쳐 현대자동차는 금속노조 탈퇴 및 근로자지위확인의 소의 소 취하의 여부에 따라 이 사건 손해배상청구의 소를 선별적으로 취하하였다.

이와 같이 현대자동차는 금속노조 탈퇴 및 근로자지위확인의 소의 취하 여부에 따라 이 사건의 피고 29명 중 21명에 대한 소를 선별적으로 취하하였다. 이처럼 현대자동차가 비정규직 지회를 탈퇴하거나 현대자동차에 대한 근로자지위확인의 소를 취하한 피고들을 선별하여 소를 취하한 것은 이 사건 소 제기의 목적이 손해의 전보라는 ‘손해배상청구의 본연의 목적’보다는 사내하청 근로자들을 비정규직 지회에서 탈퇴하도록 유도하고, 나아가 사내하청 근로자들에 대한 불법파견이 인정된 2014. 9. 이후에는 이들이 제기한 근로자지위확인 소의 취하를 중용하는 수단으로 활용함에 있음을 보여준다. 소 제기가 소송상 또는 소송 외에서 상대방 당사자를 괴롭힐 목적 또는 소송이 계속되고 있다는 사실을 사회적으로 과시함으로써 상대방에게 유·무형의 불이익을 주는 것을 목적으로 제기된 것이어서 민사소송제도의 취지나 목적에 비추어 현저하게 상당성을 결하였다고 인정되는 경우에는 소권을 남용한 것으로 평가되어야 할 것이다. 이 사건의 경우에도 현대자동차의 소 제기는 결국 소 제기의 외견을 내세워 비정규직 지회의 와해를 도모하기 위한 것으로 헌법이 보장하는 노동3권을 침해함은 물론 부당노동행위에 해당할

여지가 있다는 점에서 이 사건 소 제기 및 그 유지는 소권의 남용에 해당한다고 생각한다.

소권의 남용문제 이외에도 대상판결과 관련하여서는 ① 조합간부들의 손해배상책임이 연대채무인지 부진정연대채무인지, ② 부진정연대채무라면 일부 피고들에 대한 소 취하 및 그 전제로서 채무면제에 관한 (묵시적) 합의가 다른 피고들에게도 효력을 미치는지 여부도 쟁점이 된다.

종래 판례는 공동불법행위자들이 부담하는 손해배상채무는 부진정연대채무이고 따라서 변제나 대물변제를 제외하고는 상대적 효력을 갖는데 불과하다는 입장이었는바, 판례의 이러한 입장은 실정법상 근거를 갖지 못한다. 조합간부들이 쟁의행위를 공동으로 기획·주도하였음을 이유로 사용자에게 손해배상채무를 부담하는 경우 이는 연대채무로 보아야 할 것이며, 만일 부진정연대채무로 보더라도 일부 조합간부에 대한 채무면제에는 절대적 효력이 인정되어야 한다고 생각한다.

대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카16959 판결은 “피용자의 사무집행에 관한 불법행위로 인한 피해자가 피용자 자신으로부터의 배상에 의하여 일부 또는 전부의 현실적 만족을 얻었을 때에는 그 범위 내에서 사용자의 배상책임도 소멸하나 현실적 만족 이외의 채무면제나 합의의 효력 등은 그 피해자가 나아가 다른 손해배상의무자(사용자)에 대하여는 더 이상의 손해배상청구를 하지 아니할 명시적 또는 묵시적 의사표시를 하는 등의 다른 특별한 사정이 없는 한 사용자에 대하여는 그 효력이 미칠 수 없다.”고 판시하였는바, 위 판결에 따르면 ‘특별한 사유’가 있는 경우에는 채무면제에도 절대적 효력을 인정할 수 있을 것이다. 이 사건의 경우 현대자동차가 일부 피고들의 금속노조 탈퇴 및 근로자지위확인 소 취하라는 ‘비금전적 이익’과 교환하여 선별적으로 소를 취하하였다는 점에서 이러한 소 취하는 규범적으로 대물변제나 상계합의와 동일하게 평가될 수 있다고 생각하며, 따라서 채무면제에 절대적 효력을 인정할 수 있는 ‘특별한 사유’가 존재하는 경우로 보아야 할 것이다.2)

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

2) 부진정연대채무관계에서 채무자 1인이 한 상계도 절대적 효력을 갖는다는 대법원 2010. 9. 16. 선고 2008다97218 전원합의체 판결의 취지도 참작할 필요가 있다.

모바일투표로 진행된 쟁의행위 찬반투표의 적법성

- 서울중앙지방법원 2017. 4. 28. 선고 2016가합520510 판결 -

【판결요지】

노조법 제41조 제1항은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 노동조합의 쟁의행위에 관한 찬반투표를 하도록 규정하고 있을 뿐 투표 방식을 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 모바일투표 방식은 시간적, 장소적 제약에 구애받지 않고 투표가 가능하고, 시간이 단축되며, 비용이 절감된다는 장점이 있으므로, 노동조합은 직접·비밀·무기명투표 원칙을 준수하는 범위에서 그 실정에 맞게 현장투표, 우편투표, ARS투표, 전자투표 등의 방식 중에서 하나 또는 여럿을 선택하여 활용할 수 있다고 봄이 타당하다.

이 사건 원고 J저축은행의 주장은 간단하다. 2016. 3. 1.부터 같은 해 4. 8.까지 진행된 전국사무금융노조 소속 J저축은행지회의 파업은 쟁의행위 찬반투표를 ‘모바일 전자투표’의 방식으로 진행하여 노조법 제41조 제1항을 위반하였으므로 ‘불법파업’이고, 따라서 전국사무금융노조, J저축은행지회, 전국사무금융노조 위원장 및 지회 간부들은 이러한 ‘불법파업’으로 인하여 원고에게 발생한 3억 원의 손해를 ‘연대하여’ 배상하라는 것이다.

전자투표는 실제 투표 과정을 온라인상에서 구현한 것으로 시·공간적 제약을 부분적으로 극복할 수 있고, 투표 참여율을 높일 수 있으며 기표를 위한 투표지가 필요 없어 경비를 절감할 수 있고, 투표지에 기표를 잘못해 발생하는 무효표 등 투표 오류를 줄일 수 있으며, 개표를 전자화함으로써 개표 단계의 오류를 최소화할 수 있음은 물론 신뢰성 있는 개표 결과를 신속하게 제공할 수 있다.) 이러한 장점으로 인하여 노동조합의 내부적 의사결정에 있어서도 전자투표의 방식을 사용하는 사례가 늘고 있으며, 이에 비례하여 관련 분쟁도 증가하여 왔다. 다만, 이러한 분쟁은 대부분 전자투표 방식으로 진행된 임원선거의 공정성에 관하여 낙선한 후보자가 문제를 제기하는 등

1) 류지원(2017), 「쟁의행위 찬반투표시 전자투표의 활용 가능성과 그 정당성 조건」, 『노동법률』 2017년 4월호, 중앙경제사, p.103.

노동조합 내부의 이해관계자 사이에 발생한 분쟁이었지, 쟁의행위 찬반투표가 전자투표 방식으로 진행되었음을 이유로 사용자가 노동조합이나 그 조합원들에게 손해배상을 소구(訴求)하는 사례는 찾아보기 어려웠다.

종래 고용노동부는 “노조법상 노조 임원은 노동조합의 민주적 운영을 위하여 총회(대의원회)에서 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출토록 규정하고 있을 뿐 구체적인 투표방식 등에 대하여는 정하고 있지 아니하다. 따라서 노동조합은 투표권자 본인이 직접 투표권을 행사하고 투표과정과 결과에 대한 비밀이 보장되는 범위 내에서 구체적인 투표방식을 정할 수 있다”고 하여 ARS전자투표 방식으로 노동조합 임원선거를 진행하는 것이 가능하다는 입장을 취하다가,²⁾ 2013년 1월 작성된 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』에서는 “인터넷 투표, ARS투표 등 전자투표는 조합원들의 직접·비밀 투표를 확인하는 것이 사실상 어려우므로 원칙적으로 그 정당성을 인정하기 어렵다. … 본인 인증절차, 투표권자 DB 및 투표결과 DB의 분리 등에 의한 비밀보장, 중복투표·해킹방지 등 기술·제도적인 측면에서 객관적이고 투명한 운영방식이 구축·실현되어 직접·비밀·무기명 투표가 명확히 보장된 경우에 한해 제한적으로 인정될 수 있을 것이나, 이 경우에도 선거의 공정성, 투명성에 대해서는 노동조합이 입증하여야 할 것”이라고 입장을 바꾸었고,³⁾ 2016년 9월 개정된 업무매뉴얼도 동일하다.⁴⁾

이러한 상황에서 “노동조합은 직접·비밀·무기명투표 원칙을 준수하는 범위에서 그 실정에 맞게 현장투표, 우편투표, ARS투표, 전자투표 등의 방식 중에서 하나 또는 여럿을 선택하여 활용할 수 있다고 봄이 타당하다”는 대상판결의 판단은 고용노동부의 행정해석과 매뉴얼의 불일치로 인한 혼란을 정리하였다는 점에서 의미가 있다고 생각한다.⁵⁾ 다만, 대상판결은 노동조합의 의사결정 과정에서의 ‘표결방식’으로 전자투표가 허용된다는 의미일 뿐, 전자투표가 총회 등 회의체의 소집 자체를 갈음할 수 있다는 취지는 아니라는 점은 유의할 필요가 있다. 따라서 노조법 제16조 제1항 각호의 총회의 의

2) 고용노동부(2004. 5. 15.), 노동조합과 - 1309.

3) 고용노동부(2013. 1.), 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』, p.262.

4) 고용노동부(2016. 9.), 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』, p.284.

5) 일반적으로 표결(表決)의 방법으로는 음성, 박수, 거수, 기립, 좌석이동, 투표지(ballot)에 의한 표결, 전자표결, 호명표결, 우편투표(a vote by mail) 등의 방식이 있다. 김교창(2005), 『표준회의진행법』, 법률신문사, pp.272~275 참조.

결사항(예컨대, 임원의 선거와 해임에 관한 사항 등)에 관하여 총회를 소집함 없이 조합원의 전자투표만으로 노동조합의 의사를 결정하는 것은 당연히 허용되지 않는다.⁶⁾ 나아가, 취업규칙을 불이익하게 변경하고자 할 때에는 근로자들의 ‘집단적 의사결정 방식’ 또는 ‘회의방식’으로 동의를 받아야 한다는 판례⁷⁾에 비추어 근로자들의 회의 등을 소집함 없이 개별 근로자들의 의사를 전자투표로 취합하는 것도 허용되지 않을 것이다.

마지막으로, 전자투표 문제와 직접 관련된 것은 아니지만 대상판결을 접하고 머리에서 떠나지 않는 몇 가지 생각들을 나누고자 한다.

(1) 고용노동부가 작성한 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』의 정체는 무엇인가? 이는 고용노동부가 사용자나 노동조합에게 어떠한 의무를 부과하지 않으면서도 그들의 의사형성에 영향을 줌으로써 사용자나 노동조합이 고용노동부의 기대에 부응하는 행동을 하도록 유도하는 ‘비공식적 행정작용’에 해당한다. 따라서 위 업무매뉴얼에 국민을 구속하는 ‘법규성’이 없음은 의문의 여지가 없다. 노조법의 해석권한은 법원(法院)에 속하는 것이지 고용노동부에서 규율할 성질의 것은 아니다. 그렇다면 고용노동부에서 노조법의 해석 및 그 적용을 목적으로 하는 업무매뉴얼을 작성함에 있어서는 건고하게 형성된 판례나 적어도 대다수의 학설들이 동의하는 내용에 기초해야 하지 않을까? 특히 “선거의 공정성, 투명성에 대해서는 노동조합이 입증하여야 할 것”이라는 문구를 보면(이러한 표현이 쟁의행위로 인한 손해배상청구의 소를 염두에 둔 것이라면), 위 업무매뉴얼은 노조법 제41조 제1항의 해석을 그르쳤을 뿐 아니라 L. Rosenberg 이래 입증책임에 관한 공리(公理, axiom)로 인정되는 ‘법률요건분류설’조차 무시하고 있는 것 같아 솔직히 난감하다.⁸⁾

6) 참고로, 고용노동부는 “사업장이 지역적으로 분리되어 있는 등 부득이한 사유가 있을 경우 총회를 개최하지 않고 직접·비밀·무기명투표의 절차를 거치면 그 정당성이 인정됨”이라고 하여(고용노동부(2016.9), 앞의 업무매뉴얼, p.284), 총회의 소집을 쟁의행위 개시의 요건으로 이해하는 것처럼 보이나 현행 노조법의 범문상 근거 없는 해석이다.

7) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185 판결 등 참조. 참고로 2016. 10. 17 「근로기준법」 제94조 제2항에 “사용자가 근로자에게 불리하게 취업규칙을 변경하려면 …… 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 직접·비밀·무기명투표를 실시하여 근로자 과반수의 찬성을 얻어야 한다”는 조항을 신설하는 취지의 근로기준법 일부개정법률안(이용득 의원 대표발의, 의안번호: 2002652)이 발의되어, 현재 환경노동위원회의 심사중에 있다.

8) Leo Rosenberg, 오석락 외 옮김(1995), 『입증책임론』, 박영사, p.154: “원고는 권리근거규

(2) 쟁의행위 찬반투표는 도대체 누구를 보호하기 위한 제도인가? 노조법이 쟁의행위의 찬반투표를 규정한 취지는 조합원의 민주적인 의사결정을 담보하는 데 있다.⁹⁾ 그렇다면 노동조합이 노조법 제41조 제1항을 준수하지 않을 경우 이를 다룰 정당한 이해관계자는 당해 노동조합의 조합원들뿐이라고 보아야 하지 않을까? 노동조합이 노조법 제41조 제1항을 준수함으로써 인하여 사용자가 향유하는 이익이 있다고 하더라도 이는 ‘반사적 이익’에 불과한 것으로 보아야 하지 않을까?¹⁰⁾ 물론 우리 「민법」 제750조가 불법행위의 성립요건으로 ‘위법성’을 요구할 뿐 권리의 침해까지 요구하지는 않으므로 노동조합이 노조법 제41조 제1항을 위반하였다는 ‘위법성’에 근거하여 손해배상을 청구한다는 해석도 불가능하지는 않겠지만, 노조법 제41조 제1항의 취지를 고려할 때 이러한 해석은 어색하다.

(3) 도대체 언제까지 ‘정당한’ 파업에 대한 사용자의 손해배상청구의 소제기를 허용해야 하는가? 원고가 소를 제기하기만 하면 피고는 무조건 응소(應訴)의 부담을 지고, 법원은 무조건 판결의 부담을 지는 것이 정당한가? 사용자의 소제기가 오로지 노동조합을 괴롭힐 목적이거나 또는 그러한 소송이 계속되고 있다는 사실을 과시함으로써 노동조합에게 유·무형의 불이익을 줄 목적이라면, 이러한 소를 유지하는 것은 민사소송의 취지나 목적에 비추어 현저하게 상당성을 잃은 것으로 소권(訴權)을 남용한 것으로 평가되어야 하지 않을까?¹¹⁾ 대상판결에서 원고가 손해배상청구의 소를 제기한 ‘진정한’

정의 요건사실을, 피고는 권리장애, 권리소멸 혹은 권리행사배제규정의 요건사실을 증명해야 한다는 원칙은 - 이것이 단지 법적용의 일반적인 원칙의 결과이기 때문에 - 직접적으로 소 및 기판력 있는 재판의 대상이 되는 그러한 권리와 법률관계에 적용될 뿐 아니라, 단지 소나 항변에 의해 주장되는 권리와 법률관계의 구성요건요소에 지나지 않는 그러한 - 다투어지고 있음! - 권리나 법률관계에도 적용되어야 한다.”

- 9) 김유성(2000), 『노동법 II』(전정판), 법문사, p.242.
- 10) “쟁의행위에 있어서 조합이 자주적으로 정한 절차를 이행하였는지 아닌지는 조합 내부 문제에 불과하기 때문에, 설령 조합 집행부가 이 절차에 위반해서 쟁의행위를 발하여 쟁의행위가 실시되었다고 해도 그것은 사용자와의 관계에서 쟁의행위의 정당성에 영향을 미치지 않는다.”는 주장으로 니시타니 사토시, 김진국 외 옮김(2009), 『일본 노동조합법』, 박영사, pp.512~513 참조.
- 11) 일본에서도 재판을 받을 권리가 헌법상 기본권으로 보장되지만, 소송제도의 악용·남용이 허용되지 않는다는 점은 일반적으로 인정되고 있다. 소위 빨갱이 사냥(red purge)의 수단으로 행해진 해고의 유효성이 다투어진 아사나화학 해고사건에서 일본 고베지방재판소 히메지지부는 “소권의 남용이란 소송으로 판단을 원해야 할 권리 내지 법률

목적이 파업으로 인한 손해의 전보라는 손해배상제도의 본연의 목적이 아니라 피고들(특히, 조합원 개인들)에게 거액의 소송이 계속되고 있다는 사실을 과시하여 향후 이들의 조합활동을 위축시키는 데 있는 것이라면, 이러한 소송 제기는 법원을 도구삼아 부당노동행위라는 범죄행위를 자행하려는 데 불과한 것 아닐까? 사법부가 이 정도의 후안무치까지 참아줘야만 하는 것일까?

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

관계가 없는 것을 알면서 굳이 소를 제기하거나 또는 권리행사의 이름을 빌려 불법의 목적을 이루려는 의도에서 소를 제기하는 경우를 말한다.”고 판단한 사례가 있다(神戸地判 姫路支部 1961. 5. 2 労民集 12卷 3号 263頁).

노동조합에 의한 컨베이어 벨트 정지와 손해배상 책임

- 울산지방법원 2017. 5. 18. 선고 2015가합2344 판결 -

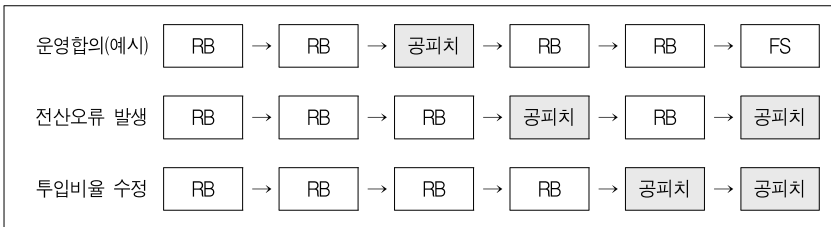
【판결요지】

피고 근로자들이 자동차 조립라인에서 공피치 현상이 발생하자 운영합의에 따른 투입비율을 어겼다는 이유로 조립라인을 정지시킨 것은, ... 피고 근로자들의 라인 정지행위는 목적이 정당하더라도 방법과 태양에 관한 정당성의 한계를 벗어난 불법행위이며, ... 원고 회사가 이로 인한 손해배상을 청구하는 것도 권리남용이 아니다.

컨베이어 벨트 방식의 생산공정 방식을 활용하는 자동차산업에서는 노사가 작업공정 방식에 대한 합의를 한다. 이는 차량의 품종이 다양화됨에 따라 한 컨베이어 벨트 내에서 혼용 생산(유사 부품 차량에 대한 병행 생산)이 필수적인 상황에서 노사가 작업 공정상의 원칙을 정하여 근로자들의 예측 가능성을 높이고 안전 문제에 대응하기 위한 것이다. 이러한 합의는 노사의 단체협약을 바탕으로 생산라인별 부속 합의 방식으로 이루어진다. 그런데 실제 작업과정에서 이러한 합의에 위반하는 경우, 노동조합이 위반을 이유로 작업 거부(컨베이어 벨트 정지)를 할 수 있는지가 문제된다. 이 사건에서는 노사가 체결한 ‘컨베이어 벨트의 투입비율 운영 합의’에 위반을 이유로 컨베이어 벨트를 정지한 것이 불법행위를 구성하여 손해배상 책임이 있는지가 다투어진 사건이다.

사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 2015년 4월 20일, 현대자동차(이하, 원고 회사)와 원고 회사의 울산공장 1공장 의장1부 소속 대의원들(이하, 피고들)은 2015년 4월 22일부터 12월 31일까지 RB(2015년형 엑센트 차량의 프로젝트명)와 FS(2015년형 벨로스터 차량의 프로젝트명) 생산비율을 4:1로 맞추고, 다만 같은 차를 3대 이상 투입하지 않되 다른 차량의 공피치(빈 상태에서 벨트라인 보내기) 발생 시에는 투입비율을 예외로 한다는 내용의 투입비율 운영합의를 하였다. 그런데 2015년 6월 30일에 전산시스템 오류로 인하여 ‘RB 3대 : 공피치 : RB 1대 : 공피치’ 현상이 발생하였고, 이에 회사 관리자들

은 RB 1대를 선행 공피치 자리로 옮겨 ‘RB 4대: 공피치: 공피치’로 투입비율을 수정하였다.



이러한 투입비율에 대하여 노동조합 대의원인 피고들은 ‘같은 차를 3대 이상 투입하지 않는다’고 한 운영합의에 위반된다는 이유로, A는 06:50경부터 09:46경까지(129분), B는 07:29경부터 09:46경까지(114분) 각각 11라인의 파이널 공정 10군데에 각 설치된 비상정지 버튼을 눌러 정지시키고, 다른 근로자들과 함께 라인을 재가동하려는 원고 회사의 관리자들을 막거나 밀어내고 관리자들이 라인을 가동하면 다시 정지시켰다. C는 비상정지 버튼을 누르지는 않았지만, 06:55경부터 08:10경까지(55분) A와 B와 같이 회사 관리자들이 11라인을 정상적으로 가동하지 못하도록 막았다. 이에 대하여 회사는 A, B, C를 업무방해죄로 고소함과 동시에 이들의 행위에 대하여 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였다.¹⁾

손해배상이 문제가 된 이 사건에서 법원의 판단은 크게 ① 행위의 불법성, ② 손해배상 청구의 적법성, ③ 손해배상액의 산정으로 구분할 수 있다. 법원의 판단을 요약하면 다음과 같다.

우선 법원은 먼저 라인 정지행위가 불법행위에 해당하는지에 대하여 전산 시스템의 오류를 원고 회사가 의도한 것이 아닌 점, 야간작업에서는 수정된 투입비율로 이미 작업이 진행된 점, 공피치 현상으로 근로자에게 작업상 여유가 생긴 점, 피고들이 근거없는 의혹과 무리한 짐작을 한다는 점 등의 이유를 들어 본 사건에서는 피고들의 라인 정지행위는 목적이 정당하더라도

1) 이 사건의 형사소송에서는 피고인(10인)의 업무방해죄에 대하여 벌금 및 집행유예 선고를 받고(울산지방법원 2016. 8. 19. 선고 2014고단3344, 2015고단3117(병합) 판결), 이에 쌍방상고하였으나 항소기각으로 확정판결이 선고되었다(울산지방법원 2017. 1. 19. 선고 2016노1480 판결).

방법과 태양에 관한 정당성의 한계를 벗어난 반사회적 행위로서 불법(쟁의) 행위에 해당한다고 판단하였다.

다음으로 원고 회사의 손해배상청구가 권리남용에 해당하는 지에 대하여 법원은 피고들의 라인 정지행위가 쟁의행위의 정당성을 벗어난 이유로 손해 배상을 구하는 것으로써 이는 권리남용에 해당하지 않으며, 원고 회사가 구하는 손해배상금액이 크다는 이유로 피고들에게 고통을 주거나 손해를 가하려는 목적에 있다고 보기 어렵다고 하였다.

마지막으로 손해배상책임의 범위에 대하여 법원은 불법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해, 조업 중단에 따른 손해, 고정지출비용 등으로 산정한 피고별 손해액에 대하여 원고 회사가 대규모인 점이나 원고 회사가 비용을 측정하기 어려운 부분까지 전부 산정한 점 등을 고려하여 피고별 손해액의 60%로 제한하였다.

이 사건의 사실관계를 살펴보면, A 등의 행위가 근로자의 안전과 생명에 대한 위협이 문제가 된 것이 아니라는 점에서 기존의 자동차 생산라인 중지 행위를 ‘작업중지권’ 관점에서 판단한 사건들과 차이가 있다.²⁾ 이러한 점을 감안하여 법원은 노조의 행위에 대한 가장 유사한 법리로 쟁의행위를 검토하였는데, 노사합의에 따른 이행의무 위반에 대한 실력행사가 쟁의행위로 판단되어야 하는지, 이러한 유형의 쟁의행위가 통상적인 쟁의행위의 정당성 판단 구조와 동일하여야 하는지에 관하여 대상판결에서는 명확하게 설명하고 있지 않다.

쟁의행위는 “파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”를 말하므로(「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조 제6호), 이 사건의 행위가 그 태양에 있어서는 쟁의행위에 해당함은 별론으로 하고, 의도에 있어서는 주장을 관철할 목적으로 이루어진 행위라기 보기 어렵다. 그렇다면 단체협약 등 노사합의의 이행의무 위반에 대한 자력구제라

2) 「산업안전보건법」상 작업중지권은 근로자 스스로 생명, 신체의 안전을 위한 기본적인 인권의 일환으로서 산재가 발생할 급박한 위험이 있을 때 당연히 작업을 중지하고 대피할 권리를 보장하고 있다(제26조 제2항). 기존의 생산라인 중지 사건들은 주로 ‘작업중지권’을 둘러싸고 문제가 되어 왔다. 이에 관해서는 장우찬(2015), 「독단적 작업중단 및 안전점검행위의 업무방해죄 성립 여부 - 울산지방법원 2014. 2. 12. 선고 2013고단3122 판결」, 『노동판례리뷰 2014』, 한국노동연구원, pp.221~226 참조.

는 차원에서 검토될 필요가 있으며, 이 경우 단체협약을 이행하도록 적절한 제재수단으로 영향을 미칠 의무가 인정될 수 있는지, 인정된다면 그 범위와 한계는 어떻게 되는지가 문제될 수 있다.³⁾

한편 이 판례에서도 노동조합에 대한 손해배상액의 산정과 관련하여 지금까지 판례 법리가 지닌 문제점을 여전히 드러내고 있다.⁴⁾ 불법행위로 인한 손해배상제도의 목적이 손해의 전보에 있으므로, 실제로 입은 손해액 이상을 배상받는 것을 제한하기 위하여 손해액을 60%로 제한한 법원의 취지는 이해가 간다. 다만 일응 추정법리에 따라 구체적인 사실의 증명없이 쟁의행위와 영업손실 전부에 대하여 인과관계를 인정하는 것은 증명책임을 경감한 것으로 불법행위의 피해자인 사용자 측에게 지나치게 유리하고 근로자에게는 상당히 불합리한 해석이라고 판단된다. 따라서 추정법리에 따라 특단의 사정이 없는 한 영업상 손실로 발생한 일일이익 전체를 쟁의행위와 상당인과관계가 있는 손해로 인정하기보다는 사용자 측에게 조업중단으로 제품생산을 못해 생산제품의 판매로 얻을 수 있는 매출이익을 올리지 못한 손해와 조업중단 여부와 관계없이 지출되는 고정비용 등에 대한 엄격한 증명책임을 지우는 것이 타당하다.

» 김근주(한국노동연구원 부연구위원)

-
- 3) 임종률(2017), 『노동법』 제15판, 박영사, p.160에서는 단체협약의 이행의무에는 당사자가 그 구성원에게 단체협약을 위반하지 않도록 또는 단체협약을 이행하도록 적절한 제재수단으로 영향을 미칠 의무(영향의무)가 포함되어 있다고 보아야 한다고 하면서, 이는 계약상의 신의칙에 따라 당연히 요구되는 의무라고 하고 있다.
- 4) 노동조합의 손해배상에 관하여 대법원은 “제조업체에 있어서 불법휴무로 인하여 조업을 하지 못함으로써 그 업체가 입은 손해로는 조업중단으로 제품을 생산하지 못함으로써 생산할 수 있었던 제품의 판매로 얻을 수 있는 매출이익을 얻지 못한 손해와 조업중단의 여부와 관계없이 고정적으로 지출되는 비용(차임, 제세공과금, 감가상각비, 보험료 등)을 무용하게 지출함으로써 입은 손해를 들 수 있다. 그리고 손해의 배상을 구하는 측에서는 불법휴무로 인하여 일정량의 제품을 생산을 하지 못하였다는 점뿐만 아니라, 생산되었을 제품이 판매될 수 있다는 점까지 입증하여야 할 것이지만, 판매가격이 생산원가에 미달하는 소위 적자제품이라거나 조업중단 당시 불황 등과 같은 특별한 사정이 있어서 장기간에 걸쳐 당해 제품이 판매될 가능성이 없다거나, 당해 제품에 결함 내지는 하자가 있어서 판매가 제대로 이루어지지 않는다는 등의 특별한 사정의 간접반증이 없는 한, 당해 제품이 생산되었다면 그 후 판매되어 당해 업체가 이로 인한 매출이익을 얻고 또 그 생산에 지출된 고정비용을 매출원가의 일부로 회수할 수 있다고 추정함이 상당하다(대법원 1993. 12. 10. 선고 93다24735 판결)”고 하여 추정 매출이익의 손실을 모두 손해로 인정하고 있다.

비정규직

기간제근로자의 갱신기대권과 전환기대권

- 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 -

【판결요지】

「가. 기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다. 나아가 위 규정들에 의하여 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다.」

「나. 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 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 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 정당한 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 동일하다고 보아야 한다.」

대상판결은 2016년 최고의 판결 중 하나로 꼽힐 만하다. 대상판결에는 기간제근로자의 고용안정과 관련한 두 가지 권리가, 즉 갱신에 대한 기대권(갱신기대권)과 전환에 대한 기대권(전환기대권)이 등장한다. 두 개의 기대권이 중요한 이유는 기간제 계약에서 기간 만료의 원칙적 효과 때문이다. 우리 판례가 일관되게 인정하듯이, “기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다.” 이 원칙의 예외로서 판례가 그동안 인정한 것이, 즉 기간 만료에도 불구하고 근로계약이 종료하지 않는 때가 ①기간의 정함이 형식에 불과한 경우와 ②갱신기대권이 인정되는 경우였다. 이번 판결은 여기에 전환기대권이 인정되는 경우를 새로이 추가하였다. 갱신기대권과 전환기대권은 ‘기간의 정함이 형식에 불과한 경우’와 달리 당사자 사이에 실질적으로 기간을 정한 경우에 적용된다.

먼저 (1) 갱신기대권은, 대법원 판결에서는 2011년 처음 사용되었는데, 기간제 근로계약이 다시 같은 조건으로 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 말한다. 갱신기대권이 인정되면 사용자가 이를 위반하여 기간제근로자에게 합리적 이유 없이 기간만료를 이유로 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없게 되며, 그 이후의 근로관계는 원칙적으로 종전과 동일하다고 한다. 다음으로 (2) 전환기대권은, 대법원 판결로는 대상판결이 처음 사용한 용어인데, 기간제근로자에서 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권을 말한다. 전환기대권이 인정되면, 이 역시 대법원 판결로는 대상판결이 처음으로 확인하였는데, 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없게 되며, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 한다.

대상판결은 먼저 기간제근로자와 관련한 가장 중요한 논쟁에 답을 하고 있다. 기간제법(「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」)을 말한다. 이하 같다) 시행 이후, 학계에서는 새로이 시행된 기간제법이 적용되는 기간제 근로관계에 대해서도 갱신기대권 법리가 여전히 적용될 수 있는가를 둘러싸고 크게 견해가 갈렸다. 하급심 판결들에서도 찬반이 나뉘었다. 대상판결은, 앞의 「가」 부분에서 서술한 것처럼, “기간제법 시행 이후에도 갱신기

대권 법리는 계속하여 적용된다”고 보았다. 사실 갱신기대권은 오래전(2011년)부터 인정되어 왔다. 대상판결에도 인용된 바와 같이, 다음과 같은 내용이다. “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 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 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 보아야 한다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등 참조).” 그러므로 대상판결의 새로운 부분은 이 법리가 현행 기간제법하에서도 계속 적용된다고 밝힌 부분이다. 즉 대상판결은 2006. 12. 21 제정되어 2007. 7. 1부터 시행된 현행 기간제법에 대해, 기간제근로자의 사용 기간이 2년을 초과할 수 없으며 만약 초과하면 기간의 정함이 없는 근로자로 간주된다는 규정들의 “입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두 12528 판결 참조). 나아가 위 규정들에 의하여 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다”라고 하였다.

두 번째 논쟁은 기간제근로자에게 갱신기대권을 넘어 전환기대권을 인정할 수 있는지, 만약 인정할 수 있다면 그 요건과 위반의 효과는 무엇인지, 그리고 그 이후의 근로관계는 어떻게 되는지 등에 관한 것이었다. 이 논쟁은 첫 번째 논쟁만큼 격렬하지도 또 명확하지도 않았다. 대상판결은, 앞의 「나」 부분에서 밝힌 것처럼, 전환기대권을 인정하면서 그 요건과 효과 및 근로관계에 대해 분명한 입장을 밝혔다. “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 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 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 정당한 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 동일하다고 보아야 한다.” 대상판결은 전환기대권을 인정하여야 하는 이유로 위에서 본 기간제법의 입법취지, 기간제근로자의 기대권에 관한 판례법리, 그리고 기간제법상 정규직(기간의 정함이 없는 근로자)으로의 전환을 촉진하고 정규직과의 차별을 시정하려는 여러 규정들을 들었다.¹⁾

이 사건은 일반 기업이 아니라 좋은 일 하자고 만든 법인에서 발생했기 때문에 세간의 주목을 받았다. 상고인인 원고는 실업자의 사회적 일자리 지원 사업 등을 운영하는 재단법인이고, 피고보조참가인인 해당 근로자는 원고 법인에서 사회적기업 설립지원팀장 등으로 근무하다가 기간 만료로 근로관계의 종료를 통보받은 사람이다. 어쨌든 이 판결은 최근 몇 년간의 기간제 근로자와 관련한 논쟁에 종지부를 찍는 동시에 기간제법의 입법취지를 살려 정규직으로의 전환기대권을 새로이 인정했다는 점에서 학술적으로나 실무적으로나 매우 의미가 큰 판결이다.

» 강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

1) 예를 들어 기간제법은 제5조에서 “사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우에는 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다”고 규정하고, 제8조 제1항에서 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고, 제9조 제1항에서 “기간제근로자 또는 단시간근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회법 제1조의 규정에 따른 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다”고 규정하고 있다.

정규직 전환을 위한

인사평가제도의 적용상의 공정성 등

- 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 -

【판결요지】

근로자에게 정당한 인사평가를 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 기대권이 인정되고, 사용자가 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 계약기간 종료 통보를 하였다고 볼 수 없으므로 부당해고에 해당한다고 판단한 중앙노동위원회 재심판정은 적법하다.

실업자의 사회적 일자리 지원사업 등을 운영하는 B재단은 ‘일반직 기간제 근로자’라는 고용형태를 두었는데 이는 2년의 계약기간 만료 무렵 인사평가 등을 거쳐 정규직 근로자로 전환하기 위해 마련된 고용형태이며, 이 사건 근로자(이하 ‘A’라 함)는 ‘일반직 기간제근로자’로 입사하여 사회적 기업 설립 지원팀장으로 근무하던 사람이다. B재단은 A에게 2012. 10. 25.자로 근로계약 기간이 종료됨을 통보하자 A는 이 통보가 부당해고에 해당한다고 주장하며 서울지방노동위원회에 구제신청을 하였는데, 서울지방노동위원회는 정당한 계약기간 만료라고 보아 구제신청을 기각하였다.¹⁾ 그러나 중앙노동위원회는 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정될에도 합리적 이유 없이 갱신을 거절하였다고 재심신청을 받아들여 초심판정을 취소하였다.²⁾ 그러자 B재단은 이에 불복하여 행정법원에 소송을 제기하였고, 행정법원은 B재단의 손을 들어주어 재심판정을 취소하였으나, 이의 항소심인 고등법원 및 대법원은 A의 손을 들어주었다.³⁾ 이 사건의 법적 쟁점은 2년의 근로계약기간이 만료된 근로자에게 정규직으로의 전환기대권이 인정될 수 있는지 여부와 갱

1) 서울지방노동위원회 2013. 1. 24. 판정 2012부해2741/부노95(전부 기각-근로자 패)
 2) 중앙노동위원회 2013. 5. 22. 판정 2013부해138/부노23(부해 초심취소, 부노 기각-근로자 부해 승)
 3) 서울행정법원 2013. 11. 21. 선고 2013구합17688 판결(재심취소-근로자 패); 서울고등법원 2014. 11. 6. 선고 2013누53679 판결(1심 취소-근로자 승)

신거절의 합리적 이유(인사평가의 객관성 및 공정성) 여부에 있으나, 이 글에서는 후자에 한정하여 살펴보기로 한다.⁴⁾

사실의 개요를 살펴보면, 기간만료가 임박한 A와 권○○에 대해 인사평가⁵⁾ 실시, 1차 평가는 총괄팀장(60%)이, 2차 평가는 사무국장(40%)이, 최종 평가는 상임이사가 하는 것으로 정해져 있고, 직제·인사·복무규정은 직원의 임면에 대해서는 인사위원회의 심의를 거치도록 규정하고 있다. 인사평가에서 1차 평가자는 A에 대해 모든 평가 항목에 가장 우수한 평점인 S등급을 부여하면서 A가 B재단의 위상을 높이고 사회적 경제 생태계 조성에 큰 기여를 하는 등 B재단에 꼭 필요한 인재라고 평가한 반면, 2차 평가자는 모든 평가 항목에 B등급 내지 D등급을 부여하면서 총괄평가관에 A가 중간관리자로서의 지위에 기대되는 성과를 보이지 못하였고 자주 지각을 하였으며 부적절한 업무처리에 관한 상임이사의 지적에 대하여 항의하여 상임이사로부터 구두경고를 받았다고 기재하였다.⁶⁾ A는 2011년 인사평가의 역량평가에서 전체팀장 10명 중 6위에, 근태평가에서 하위 8위에 해당하였고, 2012년 상반기 인사평가의 1차 평가에서 전체 팀장 8명 중 1위에, 2차 평가에서 전체 팀장 8명 중 8위에 해당하였다.⁷⁾

이에 대하여 행정법원은, 1·2차 평가자 간 인사평가가 다소 상반되는 면이 있기는 하나, ① 인사평가가 정규직 전환 여부를 결정하기 위한 것이고 직원 임면에 대한 최종적인 권한이 상임이사에게 있는 점, ② 원칙적으로 계약직 근로자의 정규직 전환을 포함한 정규 직원의 채용 여부는 B재단이 근로자의 업무적합성과 회사의 인력수급 사정 등을 고려하여 결정할 고유의

4) 갱신기대권 및 정규직으로의 전환기대권에 대한 평석은 강성태(2017), 「기간제근로자의 갱신기대권과 전환기대권」, 『월간 노동리뷰』 2017년 1월호, 한국노동연구원, p.127~ 103 참조.

5) 평가항목 및 배점비율

구분	근무실적(성과) 평가	역량평가	근태평가	기타 (상벌, 전년 근평 외)	합계
비율	50%	30%	10%	10%	100%

6) 2년간 실제 114회 가량 지각을 하였고(월평균 5회), 지각시간은 13시간 38분(월평균 36분, 회당 7분 정도).

7) 이 사건 이후에도 기간만료 예정인 기간제근로자 12명 전원에 대하여 정규직 전환을 위해 인사평가를 실시하고 인사위원회를 개최한 사실이 있다.

인사권한에 속하는 점, ③ 2차 평가자가 A를 비교적 낮은 등급으로 평가하였는데, A가 지각 및 담당 업무를 지인에게 맡기는 등 부적절한 업무수행으로 상임이사로부터 구두경고를 받은 점에 비추어 2차 평가자의 평가가 자의적이어서 부당한 것으로 보기 어려운 점, ④ 1차 평가자가 인사평가에서 A에게 최고 등급을 부여하기는 하였으나, 피평가자 전원에게 최고 점수를 부여하여 이 평가가 객관적이고 정확한 것이라고 보기 어려운 점 등을 고려해보면, 1·2차 평가 결과를 고려하여 최종 평가자가 A를 정규직으로 전환하지 아니하기로 결정한 인사평가가 객관성과 공정성을 잃었다거나 자의적으로 이루어졌다고 보이지 않는다고 판단하였다.

그러나 고등법원과 대법원은 다음과 같은 사실을 들어 인사평가가 객관성과 공정성을 잃어 갹신거절의 합리적 이유가 없다고 판단하였다. ① B재단은 A에 대해서는 인사위원회의 심의 없이 계약기간 만료를 통보하였으나, A와 함께 인사평가 대상자였던 권○○의 경우 인사위원회를 거쳐 정규직으로 전환되었는데, 정규직 전환 당시 권○○에 대해서는 인사평가를 실시한 적이 없는 점이다(인사평가 절차의 공정성 문제). ② 정규직 전환 대상의 기준이 어떠한지 구체적으로 정하여져 있지 않으며, 실제로 인사평가에서 1·2차 평가자가 A에 대하여 상반되는 평가를 하였는데 그 평가가 어떠한 기준에서 이루어졌는지 알 수 없다는 점이다(평가기준 부재는 인사평가의 객관성 결여를 추정케 함). ③ 2차 평가자가 A의 근태평가에 D등급을 부여하였는데, B재단이 제시한 평가기준에 따르면 B등급이 부여되었어야 하는 것으로 보이는 점 등에 비추어 인사평가가 객관적인 기준에 따라 이루어진 것인지 의구심이 든다는 점이다.⁸⁾ ④ A는 2011년 역량평가에서 전체 팀장 10명 중 6위, 2012년 상반기 1차 평가에서 전체 팀장 중 종합평가 1위에 해당하였으며, A가 담당 업무를 성실하게 수행하였음을 인정할 수 있는 자료도 있다는 점이다.

이 사건에서 고등법원과 대법원은, 인사평가가 객관성과 공정성을 잃었다고 본 주된 논거는 첫째는, 인사평가 절차 및 직원임면 절차상 하자가 있다

8) 고등법원은 “지각시간도 회당 평균 7여 분에 지나지 아니하여 큰 비중을 차지한다고 볼 수 없고, 평가기준에 따르면 D등급은 ‘무단결근 1회 이상, 지각·조퇴 주 3회 이상’에 해당되는 것으로 참가인의 경우 ‘무단결근 없음 지각·조퇴 주 3회 이상’에 해당되는 것으로 참가인의 경우 ‘B’등급을 부여하였어야 했다고 보이는 바...”라고 판시하고 있다.

는 점이다. 즉 A를 포함한 정규직 전환 대상자 2명 중 다른 근로자는 인사평가를 실시하지 않고 인사위원회의 심의를 거쳐 정규직으로 전환된 반면, A의 경우는 인사평가를 실시했으나 인사위원회의 심의를 거치지 않았다는 점이다. 이는 인사평가제도의 적용상 형평성을 상실한 것이다. 두 번째 논거는, 정규직 전환 대상 기준 및 평가기준의 부재이다. 정규직 전환을 위하여 평가를 하였다면 평가결과가 어떠한 기준을 충족해야 갱신(정규직 전환)이 되는지에 대한 기준이 부재하다는 점이다(예컨대 인사평가 결과 70점 이상, 절대평가 결과 C등급 이상인 자 등). 그리고 평가항목이 나누어져 있었으나 구체적으로 각 항목들을 무엇을 근거로 평가해야 하는지에 대한 기준이 없다는 점 등이 인사평가의 객관성에 의구심을 갖게 하였다. 위 두 가지를 연계하여 판단하면 사용자 스스로가 설정한 정규직으로 전환을 위한 인사평가제도를 자의적으로 적용·시행하였다고 보인다.

인사평가란 개별 근로자 또는 집단의 업무수행능력이나 태도 및 결과 내지 성과 등을 고과하여 개선을 유도하거나 임금 결정, 승진, 배치전환, 능력개발 기회제공 및 고용종료 등의 제반 인사활동의 기초가 되는 평가제도이다. 이러한 인사평가제도는 사용자의 실시하고자 하는 목적과 산업적 속성(제조업, 서비스업, IT산업 등) 및 피평가자의 특성(사무직, 생산직, 관리직, 전문직 등)에 따라 평가기준이나 항목, 점수의 배분, 평가자의 선정 등이 달라질 수밖에 없다. 따라서 인사평가는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서 상당한 재량을 가진다. 그러나 인사평가가 사용자의 권한에 속한다고 하더라도 헌법, 「근로기준법」 및 「노동조합 및 노동관계조정법」 등의 노동관계법령 등에 위반되거나 정당한 인사권의 범위를 벗어나 사용자에게 허용된 재량권을 일탈·남용한 결과 객관적이고 공정한 평가가 결여된 것으로 인정될 때에는 인사평가는 사법심사의 대상이 된다.⁹⁾ 대상판결은 인사평가에 대한 사법심사가 구체적으로 어떻게 진행되는지를 잘 보여주는 사례이다.

» 강선희(법학박사)

9) 수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결; 서울고등법원 2012. 4. 18. 선고 2011누 27591 판결(1심(서울행정법원 2011. 7. 14. 선고 2010구합32587 판결) 인용 판결, 이 사건은 대법원 2012. 8. 17.자 2012두10116 판결에서 심리불속행 기각으로 확정; 등.

기간제근로자의 차별시정 구제이익

- 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43288 판결 -

【판결요지】

차별시정신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지 않는다.

기간제근로자에 대한 차별시정제도는 불합리한 차별을 해소하여 적정 근로조건을 보장함과 동시에 기간제근로자를 활용하는 비용적 유인을 최소화하여 무분별한 기간제 사용에 대한 남용을 방지하는 데 그 목적이 있다.¹⁾ 비정규직 차별시정절차에 있어서 주요한 쟁점들은 비교대상 근로자, 동종· 유사업무의 판단 방법, 차별적 처우의 정당화 사유 등인데, 이러한 쟁점을 검토하기에 앞서 ‘차별적 처우 시정의 이익’이 인정되는지 여부가 먼저 확정될 필요가 있다. 기간의 정함이 있는 근로의 특성상 차별시정 판단 중 고용상 지위가 변동되는 것이 일반적이기 때문이다. 이러한 판단 구조에 따라 대상 판결은 차별적 처우시정 구제이익을 우선적으로 판단한 후, 기간제근로자의 차별시정제도에서 제기되어 왔던 기존 법리들을 정리하고 있다.

우선 사실 관계를 살펴보면 다음과 같다. 이 사건 사용자는 상시 근로자 약 33명을 고용하여 인천 부평구 ○○자동차운전전문학원(이하 ‘이 사건 운전학원’)을 운영하는 사람이고, 해당 근로자들은 사용자와 기간제 근로계약을 맺고 이 사건 운전학원의 운전강사로 근무한 사람들이다. 2012년 10월 2일 해당 근로자들은 이 사건 운전학원의 정규직 운전강사와 비교하여 기본급, 연장수당, 상여금, 차량유지비, 애경사비, 성과급 등(이하 ‘이 사건 상여금 등’)에서 합리적인 이유 없이 차별적 처우를 받은 점을 지방노동위원회에 시정신청을 하였고, 지방노동위원회는 2012년 12월 24일 시정명령을 내렸다.²⁾ 사용자는 이에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나, 2013년 3월

1) 하갑래(2016), 『근로기준법』 제28판, (주)중앙경제, p.694 참조.

2) 인천지방노동위원회는 참가인들의 주장을 받아들여 지급하지 아니하였거나 적게 지급한 이 사건 상여금 등에 대한 상당한 금전보상을 명하는 판결을 하였다(인천 2012차별3~6(병합)).

4일 사용자의 재심신청은 기각되었다.³⁾

이후 1심인 서울행정법원(2013. 10. 8. 선고 2013구합9304 판결)은 노동위원회 심판절차 진행 중 참가인들의 근로계약 만료로 인해 장래에 대한 차별적 처우 등 근로조건 개선명령 및 금전보상청구권 이행의 실효성이 없다고 판단하였다.⁴⁾ 이에 대하여 서울고등법원(2014. 9. 17. 선고 2013누51093 판결)과 대법원(대법원)에서는 차별적 처우의 개선은 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데 목적이 있으므로, 근로계약기간의 만료를 이유로 기간제근로자의 차별시정구제의 이익이 소멸되지 않는다고 판단하였다.

이 판결의 주요 쟁점은 근로계약의 만료에 따른 차별시정신청의 구제이익의 실효성 여부이다. 이 사건 1심 판결은 부당하고 구제이익의 판단법리를 차별시정신청사건에 적용하였다.⁵⁾ 즉 노동위원회의 차별시정 심판절차 진행 중 근로계약기간의 만료로 근로계약이 종료되었다면 장래에는 더 이상 차별적 처우의 가능성이 없어 차별적 처우에 대한 시정조치(차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선 및 금전보상명령)를 이행할 실효성 및 구제의 이익이 없다고 판단하였다. 이에 2심 및 대법원은 차별시정절차 및 시정명령의 내용(「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제9조 제1항, 제12조 제1항, 제13조)은 기간제근로자의 지위 회복 및 근로계약기간의 보장을 위한 것이 아닌, 차별적 처우에 따른 불이익에 대한 금전보상과 시정명령의 독자성 인정 및 시정명령의 효력 확대를 전제로 하는 점을 명시하면서, 근로계약기간 만료 등으로 사용자와 근로관계가 종료하더라도 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익은 소멸하지 않는다고 판단하였다.

기준에도 법원은 기간제근로자가 차별시정 신청기간에 있는 중 퇴직 또는 무기계약직 전환을 이유로 기간제 근로계약관계가 종료되는 경우, 차별시정의 구제이익을 인정하여 왔다. 이는 근로조건개선의 구제이익이 없더라

3) 중앙 2013차별2.

4) 해당 근로자들의 근로계약은 지방노동위원회의 시정명령 전인 2012년 11월 4일부터 24일에 걸쳐 만료되었다.

5) 근로자가 부당하고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료로 근로관계가 종료되었다면 근로자로서는 비록 이미 지급받은 해고기간 중의 임금을 부당이득으로 반환하여야 하는 의무를 면하기 위한 필요가 있거나 퇴직금 산정시 재직기간에 해고기간을 합산할 실익이 있다고 하여도, 그러한 이익은 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036 판결 등).

도 금전배상을 구할 구제이익은 여전히 존재하며 민사소송절차와 다른 독자적 의의를 갖기 때문이다.6) 중앙노동위원회도 차별적 처우 이후 신분 변동(퇴직, 무기계약직 전환)이 있더라도 기간제근로자로 근무하던 시기의 차별시정에 대한 신청인 적격을 인정하는 경향을 보여 왔다.7) 대상판결은 이러한 맥락에서 기간제근로자의 차별시정제도의 독자성과 그에 기반한 소의 이익 판단의 원칙을 다시 한 번 명확하게 확인하고 있다.8)9)

» 김근주(한국노동연구원 부연구위원)

-
- 6) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결, 서울행정법원 2015. 6. 13. 선고 2014구합21042 판결 사건, 서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41802 판결.
- 7) 중앙노동위원회, 『2016 주제별 판례분석집』, p.843.
- 8) 한편 대상판결에서는 비교대상 근로자의 판단과 차별적 처우의 합리적 이유에 관해서도 기존 판례의 원칙들을 확인하고 있다. 우선 비교대상 근로자에 관하여 “동종 또는 유사한 업무에 대하여 실제 수행하는 업무를 기준으로 판단하여 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 동종 또는 유사한 업무에 해당한다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결.)”고 보는 이전 판례 법리에 따라 수강생에 대한 운전강습이라는 주된 업무의 내용에는 본질적인 차이가 없으므로 정규직 운전강사는 기간제법 제8조 제1항에 따라 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자에 해당한다고 판단하였다.
- 9) 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제2조 제3호의 불리한 처우를 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반으로 파악하면서, 이 사건 상여금 등은 업무의 내용이나 권한 및 책임의 강도에 따라 차등 지급되는 금품으로 보기 어렵고, 장기근속자를 위하여 지급된 것으로 볼 증거도 없으며, 정규직 운전강사 중심의 노동조합과 체결한 단체협약에 따라 이 사건 상여금 등을 차등 지급하는 사정만으로 차별적 처우의 합리적 이유가 될 수 없다고 판단하였다. 이러한 결정은 이전의 판결들에서 나타난 유행들을 고려한 것이다. 기간제근로자의 불리한 처우에 관한 판결들에서는 자격요건에 있어 현저한 차이가 있는 경우(서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22747 판결), 업무 강도나 위험에 차이가 있는 경우(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판결), 장기근속 유도를 목적으로 지급하는 금품인 경우(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592 판결) 등에 대하여는 합리적 이유를 인정해 왔다. 반면, 가족수당, 중식대, 교통보조비(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결), 피복비(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21857 판결) 등에 대하여는 차등지급의 합리적 이유가 없다고 판단했다. 또한 법원은 대상판결과 같이 정규직노동조합에서 체결한 단체협약이 비정규직 근로자에게 적용되지 못한 결과 불리한 처우를 초래하는 경우에는 합리적인 이유가 없다고 인정한 바 있다(서울행정법원 2010. 11. 25. 선고 2010구합28571 판결).

고령자이며 정년 후 재고용된 기간제 근로자에게 갱신기대권 법리를 인정한 사례

- 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결 -

【판결요지】

기간제법 제4조 제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다. ... 갱신기대권 법리와 함께 기간제법 및 고령자고용법의 규정들의 입법취지와 사업장 내에서 정한 정년의 의미 및 정년 이후에 기간제 근로계약을 체결하는 근로계약 당사자의 일반적인 의사 등을 모두 고려하면, 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에는, (일반적으로 갱신기대권이 인정되는지 여부를 판단하기 위해 고려하는) 제반 사정 외에 해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행 능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도, 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다.

(1) 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우, 그 기간이 만료됨으로써 근로관계는 당연히 종료된다. 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직되는 것이 원칙이다.

그런데 판례는 여기에 몇 가지 예외를 인정한다. ① 기간을 정하였다고 하지만, 형식상 기간을 정하였을 뿐이고, 실제로는 기간을 정한 것이 아닌 경우이다. 이 경우는 기간 만료가 인정되지 않는다. ② 기간제 근로자가 근로계약이 갱신되리라는 갱신기대권을 가지는 경우이다. 이 경우는 사용자가 부당하게 갱신을 거절하면 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 종전 근로계약이 갱신된 것으로 된다. ③ 기간제 근로자가 기간을 정함이 없는 근로자로 전환되리라는 전환기대권을 가지는 경우이다. 이 경우 사용자가 부당하게 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것

으로 된다.)¹⁾

대상판결은 앞의 ②의 갱신기대권에 대한 판결이다. 상시근로자 49명을 사용하여 골프장업을 운영하는 회사인 사용자가 2011. 10. 1. 이 사건 근로자들(5명)과 근로계약기간을 1년으로 정한 근로계약을 체결한 후 2014. 2. 28.까지 새로운 근로계약을 체결하지 아니한 채 계속하여 코스관리팀 사원으로 사용하였고, 사용자가 2014. 3. 1. 정년(인사규정에서 만 55세가 되는 해의 12월 31일을 정년으로 정함)이 도과한 이 근로자들과 사이에 근로계약기간을 2014. 3. 1.부터 2015. 2. 28.까지 1년으로 정한 근로계약을 다시 체결하였고, 사용자는 2015. 1. 5. 이 근로자들에게 근로계약기간이 같은 해 2. 28. 만료된다고 통보하였다. 대상판결은 위 판결요지와 같이 이 근로자들에게 정년 이후에도 갱신기대권이 인정되는지를 판단하여야 한다고 판시했다. 그 결과 이 근로자들에게는 정년이 도과하여 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수는 없다고 하더라도 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하고, 그 갱신거절의 정당한 이유를 찾아볼 수도 없으므로, 이 사건 근로계약 종료는 부당해고에 해당한다고 판단했다.

(2) 대상판결은 갱신기대권 사례로서 두 가지 특별함이 있다.

첫째, 대상판결은 고령자처럼 사용기간 제한의 예외인 자에게 갱신기대권 법리가 적용될 수 있다는 점을 명확히 하였다.²⁾ 대상판결의 근로자들은 55세 이상의 고령자이다. 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」의 고령자(55세 이상)와 근로계약을 체결하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용할 수 있으며, 2년을 초과하여 사용하더라도 기간이 정함이 없는 근로자로 간주되지 않는다(기간제법 제4조 제1항 단서 제4호, 고령자고용법 제2조 제1호 및 고령자고용법시행령 제2조 제1항 참조). 기간제법이 제정되어 시행된 후에는 그 법 규정에서 2년을 초과하여 사용자가 ‘자

1) 전환기대권을 인정하는 최근 판례로 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결이 있다. 이 판결에 대한 리뷰로는, 강성태(2017), 「기간제근로자의 갱신기대권과 전환기대권」, 『월간 노동리뷰』 2017년 1월호, 한국노동연구원, pp.127~130 참조.
 2) 대법원 2013. 11. 15. 선고 2013두16388 판결은 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호의 전문 직종 근로자에게 대해 갱신기대권 법리가 적용될 수 있다고 판시한 원심 판결(서울고등법원 2013. 7. 5. 선고 2012누39324 판결)을 그대로 인정한 심리불속행 판결이다. 대상판결은 대법원이 갱신기대권이 적용된다는 점을 직접 판시하여, 대법원 판례 법리를 명확히 하였다는 점에서 의의가 있다.

유로이' 사용할 수 있으니, 기간제법이 제정되기 이전에 판례 법리에서 인정되어온 갱신기대권은 이제 부인된다는 반론이 있어왔다. 그러나 대법판결은 “기간제법의 입법 취지가 기간제 근로자 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면, 기간제법 제4조 제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다”고 판시했다. 기간제법에서 고령자를 사용기간제한의 예외로 정한 입법취지는 “고령자에 대하여도 일반 근로자와 마찬가지로 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하면 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주할 경우, 고령자에 대한 채용 자체가 기피되어 고령자에 대한 고용이 위축될 수 있다는 점을 고려한 것이다.” 이러한 입법취지가 판례가 인정해 온 갱신기대권 법리를 부정하지 못한다.

둘째, 대법판결은 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에도 갱신기대권 법리가 적용될 수 있다는 점을 명확히 하였다. 대법판결의 근로자들은 정년(이 사건의 경우 55세) 이후에 기간제 근로계약을 다시 체결하였다. 정년이 경과한 후 기간제로 재고용한 경우에는 이미 정년이 지난 상태이므로 갱신되리라는 기대는 생길 수 없다는 반론이 있어 왔다. 그러나 대법판결은 앞의 판결요지처럼 ① 일반적으로 갱신기대권이 인정되는지 여부를 판단하기 위해 고려하는 제반 사정(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 사정)과 더불어 ② 정년이 경과하였다는 점 때문에 추가하여 고려하는 사정들인 “해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행 능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도, 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다”고 판시했다. 고령자고용법 제21조는 사업주에게 정년에 도달한 근로자를 그 직무수행 능력에 맞는 직종에 재고용하도록 노력할 의무를 부과하면서, 고령자인 정년퇴직자를 재고용하는 경우 당사자 간의 합의에 의하여 퇴직금 등 계산을 위한 계속근로기간을 산정할 때 종전의 근로기간을 제외할 수 있고 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있다고 규정하고 있다. 이 정년퇴직자의 재고용 조문은 정년

이후 고령자의 고용을 촉진하기 위함이다. 그러한 입법 취지가 판례가 인정해온 갱신기대권 법리를 부정하지 못한다. 다만 갱신기대권이 인정되는지 여부를 판단할 때 정년 경과 때문에 추가하여 고려하는 앞의 사정들(②)을 아울러 살피게 된다.

(3) 갱신기대권은 기간제 근로자의 고용안정을 보장하기 위해 판례가 인정한 법리이다. 기간제법은 단지 사용기간의 제한을 설정할 뿐이며, 그 제한의 예외인 경우들을 인정한다. 그래도 기간제법은 기간제 근로자에게 근로조건을 보장하기 위한 법이지 사용자에게 기간제 근로자 사용의 자유를 보장하기 위한 법이 아니다. 고령자고용법에서 고령자 또는 정년을 경과한 고령자의 고용을 촉진하기 위해 일반적인 근로관계와 달리 근로조건을 정할 수 있도록 허용하나, 이 또한 고령자의 고용을 보호하기 위한 취지의 규정이다. 이러한 법률들의 입법 취지가 오히려 근로자의 고용불안을 강화하는 해석은 경계해야 한다.

판례는 기간제 근로자의 고용안정을 위해 기여해 온 갱신기대권 법리가 여전히 적용된다는 점을 계속 밝혀오고 있다. 기간제법 시행 이전에 이미 발생한 갱신기대권은 여전히 존속한다는 점을 분명히 했다.³⁾ 이제는 기간제법 시행 이후에 새로이 고용된 기간제 근로자에게도 갱신기대권이 발생할 수 있다는 점을 명확히 하는 일만이 남아 있다.⁴⁾ 여러 사건이 대법원에서 판단을 기다리고 있다.⁵⁾

한편, 갱신기대권의 판례 법리는 기간제 근로자의 고용보장을 위한 ‘만능(萬能)’이지 못하다는 한계가 있다. 사용자가 갱신기대권의 ‘형성’ 자체를 차단할 수 있기 때문이다. “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간이 만료

3) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결에서는 “(기간제법의) 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 시행 전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다”고 판시했다.

4) 최근에는 앞서 언급한 전환기대권 판결(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결)에서 “나아가 위 규정들에 의하여 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다”고 판시하여 기간제법 시행 이후에 새로이 고용된 기간제 근로자에게도 갱신기대권이 발생할 수 있다는 점을 밝힌 바가 있다.

5) 자세한, 도재형(2017), 「기간제법 시행 이후 갱신기대권 법리의 적용 가능성」, 『노동법연구』 제42호, 서울대학교 노동법연구회, pp.195-219 참조.

되더라도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정”을 두지 않도록 유의하면서, 아울러 “근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성”될 우려가 있는 여러 사정들을 제거한다면, 갱신기대권은 발생하지 않는다. 사용자가 기간제 근로자에게 계약이 갱신되리라는 기대를 주지 않는 방식이다. 갱신 여부는 언제나 사용자의 자유재량에 맡겨져 있고, 실제 갱신되지 않는 전례가 많아, 근로자로서는 고용불안이 더 크다. 갱신기대권 판례 법리는 아이러니하게도 그 법리를 회피하고 싶은 사용자에게 고용불안이 가장 심한 ‘나쁜 고용’을 유혹한다.

결국 기간제 근로자의 고용보장을 위해서는 입법적 보완이 절실하다. 갱신 여부와 정규직 전환 여부를 사용자의 자유재량에 맡기지 말고, 거절에는 정당한 이유가 있어야 한다고 법이 규정하여야 한다. 또는 아예 기간제 근로자로 사용할 수 있는 사유를 제한하여 법이 규정하여야 한다.

» 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

업무의 성격과 기간제 근로계약의 제한

- 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결 -

【판결요지】

기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에서 정한 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에는 기간제법 제4조 제1항에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다. 그러나 건설현장에 대한 감리원의 감리용역과 같이 비록 형식적으로는 일정한 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 대하여 필요한 기간이 정해져 있을지라도 감리용역회사의 감리업무는 상시적 업무이고, 다수의 감리용역을 수주받아 상시적으로 감리업무를 수행하여야 하는 감리회사의 입장에서는 특정 용역현장에서의 사업이 완료되더라도 감리업무를 수행할 수 있는 근로자와의 근로계약을 계속 유지해야 할 필요가 있으므로, 이와 같은 경우에는 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에서 정한 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 볼 수 없다고 본 판결이다.

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, ‘기간제법’) 제4조 제1항 본문은 2년을 초과하지 않는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있도록 하는 것을 원칙으로 하면서 기간제 근로계약의 사용 사유나 목적을 제한하지 않고 있다. 그리고 기간제법 제4조 제2항은 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주된다고 규정하고 있다. 물론 예외는 있다. 예를 들어, 기간제법 제4조 제1항에서는 기간제법 제4조 제2항에도 불구하고 2년을 초과하여 근로자를 기간제로 사용할 수 있는 경우로서 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’를 규정하고 있다. 이런 사실은 기간제법에 조금이라도 관심을 갖고 있는 사람이라면 누구나 알고 있을 내용이기에 때문에, 기간제법 제4조 규정에 대하여 보다 상세하게 설명할 필요는 없다고 생각한다.

그런데 위에서 예를 들고 있는 2년을 초과하여 근로자를 기간제로 사용할

수 있는 경우로서 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’가 어떤 경우인지에 대해서는 해석이 필요하다. 1회성 사업이나 업무로서 사업의 완료 또는 업무의 완성이 분명한 경우에는 별다른 문제를 일으키지 않지만, 1) 어떤 사업이나 업무의 내용은 그대로이면서도 명칭만 바뀌는 경우, 2) 다회성 사업이나 업무의 경우, 3) 하도급회사의 사업의 경우 도급계약에 따라 일정한 사업이나 업무의 완료나 완성은 이루어질 수 있지만 도급계약이 유지되는 한(동일한 도급회사와의 계약일 수도 있고, 상이한 도급회사들과의 계약일 수도 있다) 사업도 유지되는 경우 등이 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 포함되는가 아닌가의 문제를 일으킬 수 있기 때문이다.

실제로 이런 문제들은 사건을 일으켜 법원의 판단 대상이 되기도 했다. 2011년의 대법원 2010나5334사건(2011. 4. 15. 선고 2010나5334 판결)에서는 지방자치단체가 연단위로 실시하고 있는 특정 사업이 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 포함되는지 여부가 문제되었고, 특별한 문제가 없는 한 사업이 계속되고 있고 지방자치단체는 해당 사업을 더욱 확대하고 있는 상황이라면 ‘완료’되는 사업으로는 보기 어렵다고 판단했다. 즉 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결(이하, ‘검토대상판결’)에서도 확인하고 있는 바와 같이 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’란 “건설공사, 특정 프로그램 개발 또는 프로젝트 완수를 위한 사업 등과 같이 객관적으로 일정 기간 후 종료될 것이 명백한 사업 또는 특정한 업무에 관하여 그 사업 또는 업무가 종료될 것으로 예상되는 시점까지로 계약기간을 정한 경우”를 의미하는 것으로 해석해야 하는 것이다. 그러므로 1년간을 계약기간으로 하고 용역수행실적평가 결과에 따라 1년 단위로 연장을 하면서도 총 3년을 기한으로 정한 용역계약(부산지노위 2013. 3. 7. 선고 2013부해41 판결), 특정 사업에 대하여 지방자치단체와 위수탁협약을 맺었지만 해당 사업이 종료함에 따른 마지막 기간제 협약(중노위 2011. 7. 21. 선고 2011부해346 판결) 등이 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당할 수 있다. 따라서 “기간제법 제4조의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 사용자가 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에

필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였으나 각 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는 경우에는 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 할 수 없다.”(검토대상판결).

그런데 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’라도 이 기간이 정해진 근로계약의 대상인 업무가 위수탁계약 등을 체결하는 회사에 상시적으로 필요한 업무인지 여부는 거의 검토되지 않았다. 다만 수년 전 대법원은 기간제법 제4조 제1항 제6호의 예외 사유(‘합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우’)를 판단하면서 기간제 근로계약의 실질성 판단을 위해 업무의 성격을 고려한 바 있다. 이 사건은 직장에 예비군지휘관의 근로계약이 기간제 근로계약인지 여부를 따지는 것이었다. 그리고 대법원은 “예비군지휘관으로서의 업무는 그 성격이 한시적이지 않고 법령에 의하여 반드시 있어야 하는 상시적, 지속적 업무”임을 판단의 요소로 삼았다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두24361 판결, 이하 ‘예비군지휘관사건’). 그러나 이 사건 전에 대법원은 “(근로자가) 수행한 업무의 성격이 한시적인 업무가 아니고 상시적, 지속적으로 필요한 업무라고 하더라도 사업장의 인력수급사정상 근로계약에 있어 계약기간을 정하는 것은 허용된다고 할 것”이라고 판단한 바 있다(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11566 판결). 예비군지휘관사건에서도 업무의 성격에 기초하여 기간제 근로계약의 종료가 부당해고에 해당한다고 본 것이 아니라 기존의 갱신기대권 법리에 기초하여 최종적인 결론을 내렸기 때문에, 예비군지휘관 사건에서 법원이 고려한 업무의 상시성·지속성이 향후 기간제 근로계약 사건 판결에서도 고려요소가 될 것인지는 다소 불분명했고, 기간제법 제4조 제1항 제6호가 아닌 다른 경우에도 인용될 수 있을 것인지도 알 수 없었다.¹⁾

검토대상판결이 가지고 있는 가장 큰 의미는 위의 의문들에 대하여 약간의 답을 준 점에 있다고 생각한다. 요지에서 밝힌 바와 같이 검토대상판결에서 대법원은 건설현장에 대한 감리원의 감리용역과 같이 비록 형식적으로는

1) 예비군지휘관사건에서 나타난 기간제 근로계약의 한계성에 대해서는 박은정(2013), 「기간제 근로계약의 한계성」, 『월간 노동리뷰』 제98호, 한국노동연구원, p.88 이하 참조.

일정한 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 대하여 필요한 기간이 정해져 있을지라도 감리용역회사의 감리업무는 상시적 업무이고, 다수의 감리용역을 수수받아 상시적으로 감리업무를 수행하여야 하는 감리회사의 입장에서는 특정 용역현장에서의 사업이 완료되더라도 감리업무를 수행할 수 있는 근로자와의 근로계약을 계속 유지해야 할 필요가 있다. 그러므로 이와 같은 경우에는 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에서 정한 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 볼 수 없다. 다만 이 결론이 위에서 잠시 언급한 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11566 판결(이하, ‘비교판결’)과 명백히 다른 것이라고 말하기는 조금 망설여진다. 비교판결사건은 ‘사업장의 인력수급사정’이라는 것을 기간제 근로계약이 필요한 근거로 삼았다. 반면 검토대상판결은 이 점을 고려의 대상으로 삼지 않았다. 또한 비교판결사건에서는 계약기간의 갱신에 대한 조건을 설정하여 두면서 재계약이 이루어지지 않은 경우 자동적으로 계약이 종료됨을 명시했다. 그러나 검토대상판결에서는 계약갱신조건 없이 장기간에 걸쳐 계약이 갱신되었고, 계약이 없는 기간 중에도 근로계약이 종료되지 않았다. 이와 같은 사실관계의 차이가 다른 결론을 이끌어 내는 데 중요한 역할을 했음을 부정할 수 없다. 그러므로 비교판결사건과 같은 조건에서도 검토대상판결과 같은 결론이 도출될 것인지를 분명하게 예측할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 대법원이 예비군지휘관사건 이후 검토대상판결에서도 업무의 상시성과 지속성을 기간제 근로계약 설정의 합리성 판단요소로 삼고 있다는 점은 곧 업무의 성격을 기간제 근로계약의 한계를 규정하는 근거로서 적극적으로 해석할 수 있는 환경을 만들어 준 것이 아닌가 생각한다.

» 박은정(인제대학교 공공인재학부 교수)

반복·갱신된 기간제 근로자의 사직서 제출시 의사표시규정의 검토 여부(要否)

- 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결 -

【판결요지】

<1> 10년 이상 반복·갱신하여 감리업무를 수행한 기간제 근로자가 사용자의 요구에 따라 사직의 의사 없이 사직서를 작성·제출하였고 의원면직의 형식으로 근로관계가 종료되었다면, 이는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로관계를 종료시킨 것으로 해고에 해당한다.

<2> 대법원은 위와 상반되는 결론을 내린 원심을 파기, 환송했는데, 원심은 결론에 다다름에 법원이 그동안 취해 온 해석방법에 따라 비진의 의사표시규정을 검토하고 다시 해고제한규정을 검토, 판단하였다.

통상 기간제 근로자의 근로관계는 근로계약기간의 만료로 종료된다. 기간제 근로는 정규직의 사용이나 무기계약직으로의 전환을 회피하기 위하여 관련 법률에 저촉되지 않는 범위 내에서 반복, 갱신하여 사용되곤 했다. 사용자가 정규직이나 무기계약직의 사용을 회피하려는 것은 인건비의 감소를 위한 것이고, 노동력의 유연한 사용을 위한 것이다. 이는 인건비절감을 비용절감의 가장 효과적인 수단으로 파악한 결과이다.

문제는 계속적인 근로관계를 보장받지 못한 근로자는 고정적 수입이 결여된다는 점이다. 고정적 수입의 결여는 고용의 불안과 생활의 불안을 가져온다. 이러한 사람이 많아지면 사회도 불안해진다. 그러면 결국 국가는 이 불안요소 제거를 위한 사회정책을 펴야 하고 그에 따른 사회적 비용을 지출해야만 한다.

이에 우리나라 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 한다)에서는 2년을 초과한 기간제 근로자에 대해서는 기간의 정함이 없는 근로자로 보는 규정을 두었다. 다만 제4조 제1항 단서 제1호에 “사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우”에 사용

자가 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 있도록 정하고 있고, 이에
는 건설공사, 특정 프로그램 개발 또는 프로젝트 완수를 위한 사업 등이 해
당된다고 하였다. 이에 속한 사업에 대해서는 객관적으로 일정 기간 후 종료
될 것이 명백한 사업 또는 특정한 업무에 관하여 사업 또는 업무가 종료될
것으로 예상되는 시점까지 계약기간을 정하게 하였다.

그런데 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 해당하는 업무의 외관을
갖춘 사업이더라도, 기간을 정한 근로계약을 반복·갱신적으로 체결하여 기
간을 정한 개개 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는 경우에는 기간제법 제
4조 제1항 단서 제1호의 “사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기
간을 정한 경우”에 해당한다고 볼 수 없다. 이러한 경우에는 기간제법 제4조
제2항에 해당되어 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보아야
한다.

위 사안처럼 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 보아야 하는
근로자가 사직의 의사 없이 사직서를 작성, 제출하였고 이를 수리하는 의원
면직(依願免職)의 형식을 취하여 근로관계가 종료된 경우라면 실질적으로
사용자의 일방적 의사에 의하여 근로관계가 종료된 것으로 보아야 한다. 이
를 근로자가 행한 사직의 청약과 사용자의 승낙이라는 의사표시의 일치, 즉
합의해지에 의한 종료로 판단함은 타당치 않다.¹⁾

대상판결을 보면, 원심은 위 기간제 근로자의 사직서가 진의(眞意)에 기한
것인지를 먼저 판단하였음을 알 수 있다. 법원이 그간 합의해지에 관한 분쟁
사례들에서 보여준 판단절차를 보면, 근로자가 제출한 사직서가 진의에 기
한 것인지를 먼저 판단하고 다시 근로기준법상 정당한 해고인지를 판단한
다.²⁾ 이 대상판결도 원심의 규정적용방법에 대해서 크게 문제 삼지 않고 있

1) 따라서 원심인 서울고등법원 2016. 9. 21. 선고 2016나2039369 판결을 파기하고 환송한
대법원의 판단은 타당하다. 대상판결은 반복갱신된 근로자의 지위에 관한 것과 사직의
효력에 대한 것으로 나눌 수 있는데, 전자에 해당하는 업무의 성격과 기간제 근로계약
의 제한에 대해서는 박은정(2017), 「업무의 성격과 기간제 근로계약의 제한」, 『월간 노
동리뷰』 제145호, 한국노동연구원, p.147 이하 참고.

2) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다11554 판결; 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결;
대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다19292 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두6552 판결
등. 종래 사직의 의사표시가 무효로 되면 사직의 효과는 발생하지 않게 되어 근로관계
는 지속되는 것이므로 해고여부를 판단하지 않는 것이 이론상 타당하다는 비판이 있었
다. 홍일표(1998), 「사직원 제출을 둘러싼 문제점의 고찰」, 『인천법조』 제4집, 인천지

어 이에 따르고 있는 것으로 파악된다.

다시 말해 근로자의 사직의 의사가 진의로 판명되면 그대로 사직의 효과가 발생하고, 비진의(非眞意)임을 상대방이 알았거나 알 수 있었다면 민법 제107조 제1항 2문에 따라 사법상 무효가 된다. 이를 그대로 근로기준법에 적용하면, 제23조 제1항에 따라 정당성 없는 해고가 된다. 따라서 결론에 있어 양자의 차이는 없다.

법원은 왜 이런 해석방법을 택한 것일까. 일단 사직의 의사표시는 의사표시여서 민법의 의사표시규정에 문의하는 것으로 추정된다. 그리고 근로기준법에서 해고제한규정을 정하고 있으므로 이에 저촉되는지를 다시 따지는 것으로 보인다. 그런데 의사표시규정은 일반규정으로 근로관계에만 한정되어 적용되는 것은 아니다. 매매 등 다른 민법상 전형계약 체결 시에 있을지 모를 비진의에 대해 그 효력을 부인하려는 의도로 마련된 것이다.³⁾

그럼에도 법원은 근로관계종료에 관한 사안에 대해서도 그 종료절차에 근로자의 의사표시가 개재되어 있으면 그 의사표시의 진정성을 따지려 한다. 이는 민사법원에 충실한 해석방법이라 할 수 있다. 그 해석결과도 타당하다. 이와 같은 법원의 해석태도는 노동법이 가진 규범목적(예컨대, 근로자 보호 및 노동조합이라는 근로자 집단의 보호와 산업평화의 실현 등)의 특수성을 고려해야 한다는 인식과 민사법리의 적용에 친숙한 해석관행의 결합에서 온

방변호사회, p.60 이하.

3) 예컨대 대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다47361 판결에 나타난 사례에 의사표시규정이 적용될 수 있을 것이다. 즉 이 판결은 진정으로 원치 않았으나 재산을 증여해 주지 않으면 과거의 범법사실을 관계당국에 신고하겠다는 타인의 강박으로 말미암아 재산을 강박자에게 증여한 사안이었다. 증여자는 증여계약의 효력을 다투면서 그 근거로서 증여행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하거나 또는 ‘비진의의표시’로서 무효임을 제시하였다. 비진의 의사표시 해당성 여부와 관련해서, 대법원은 “비진의 의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속으로 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니라고 할 것이므로, 비록 재산을 강제로 뺏긴다는 것이 표의자의 본심으로 잠재되어 있었다 하여도 표의자가 강박에 의하여서나마 증여를 하기로 하고 그에 따른 증여의 의사표시를 한 이상 증여의 내심의 효과의사가 결여된 것이라고 할 수는 없다”고 판단하였다. 이런 진의에 관한 법원의 해석은 근로자가 청약으로써 사직의사를 표시하여 근로관계를 종료하는 경우에도 동일하게 적용한다. 이 사안처럼 민법에 규정된 전형계약의 유효성 여부와 관련하여 의사표시규정의 저촉여부가 일차적으로 검토돼야 할 것이다. 위 판결과 관련하여 김상중(2011), 『2000년대 민사판례의 경향과 흐름(민법총칙)-의사표시의 결합』, 『민사판례연구』 33(하), 박영사 참고.

결과라 생각된다.

그런데 이 해석방법에는 불필요한 논리의 진행이 존재하지 않나 생각된다.⁴⁾ 그리고 근로기준법의 입법취지를 우회하고 있다는 평가도 가능할 듯싶다. 왜냐하면 민법의 고용계약상 피고용인을 특별히 보호하기 위해 산업사회를 거치면서 노동법이 마련되었고, 이 중 근로기준법은 근로계약에서 정해야 할 법정 최저기준을 정하여 근로자를 보호하는 것이라면, 오히려 근로기준법의 해고제한규정 저촉여부가 먼저 판단되어야 할 것이다. 근로관계가 종료됨에 그 외관이 어떻든 사용자의 일방적 의사로 근로관계가 종료된 것으로 볼 수 있다면, 해고제한규정에 저촉되는 것은 아닌지가 먼저 판단되어야 하기 때문이다. 대상판결과 같이 반복·갱신된 기간제 근로자의 사직의 의사표시가 사용자의 일방적 종료의사의 위장인 경우에는 더욱 그러하다. 이때 사용자의 일방적 의사에 의해 종료되었는지의 판단은 사실관계에 대한 판단에서 하게 될 것이다.

현실에서 해고제한규정을 통해 구제되기 어려운 근로관계의 종료에 관한 분쟁은 생각하기 어렵고 바람직하지도 않다. 그렇다면 사실관계의 판단 속에서 근로관계 내 의사표시가 갖는 특수성을 언급하고, 법률관계에 대한 판단은 해고제한규정으로 가서 하면 될 것이다. 이 방법이 혹시 발생했는지도 모를 권리구제의 흠결을 보완하는 길일 것이다. 왜냐하면 해고제한규정은 의사표시규정보다는 근로자보호에 충실한 해석을 유도하기 때문이다. 그렇다고 법원의 사직의 의사에 관한 해석방법으로 인해 권리구제의 흠결이 있었다고 볼 수는 없다. 하지만 불필요한 논리의 진행을 막고 민법과 근로기준법의 관계를 충분히 고려할 필요가 있다.⁵⁾

» 김기우(한국노총 중앙연구원 연구위원, 법학박사)

4) 필자는 근로자 보호의 현실적 측면에서, 그리고 현재 우리나라 법원시스템 하에서 법원이 취하고 있는 의사표시규정과 해고제한규정의 중복 적용을 옹호한 바 있다. 김기우(2010), 『합의해지에 관한 연구 - 근로계약을 중심으로』, 고려대학교 일반대학원 박사학위논문, pp.164-167 참고.

5) 우리나라에 노동법원이 있었다면 지금 법원의 해석과는 다른 해석방법을 취했으리라 생각한다. 왜냐하면 노동법원은 특수법원으로써 근로자가 사용자와 체결한 근로관계를 중심에 놓고 판단할 것이기 때문이다. 다만 노동법원이 설립된다 하더라도 초기에는 일정기간 민사법원의 판결패턴이 유지될 것이다.

근로계약 갱신거절의

합리적 이유 판단기준 및 이의 증명책임 등

- 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결 -

【판시사항】

기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 사용자가 이를 배제하고 근로계약 갱신을 거절한 데에 합리적인 이유가 있는지 판단하는 기준 및 그러한 사정에 관한 증명책임의 소재, 사용자가 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 신규 채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 사용자 주장의 당부를 판단하는 방법.

(1) 이 사건의 시초는 2011년 1월로 거슬러 올라간다. ○○시(이하, ‘사용자’)가 운영하는 ○○시립예술단(이하, ‘예술단’)에 소속된 ○○시립교향악단(이하, ‘교향악단’)의 단무장 및 단원인 이 사건 근로자들 26명은 2004년부터 위촉되어 튜바, 바이올린, 첼로, 비올라 등을 담당하여 근무하던 중 2011년 1월 말로 위촉기간이 만료되고 재위촉이 되지 않자 재위촉 거부가 부당하다며 부당하고 구제신청을 하였다. 경남지방노동위원회는 부당하고 구제신청을 인정하여 구제명령을 하였으나, 중앙노동위원회는 「근로기준법」상 근로자가 아니라고 판정하여 초심을 취소하였고, 행정법원은 이 사건 근로자들의 청구를 기각하였으며, 고등법원은 「근로기준법」상 근로자에 해당한다고 보아 이를 부인한 재심판정을 취소하면서 나머지 갱신기대권 및 갱신거절의 합리적 이유 등은 재심판정에 포함되지 않았던 내용으로 이의 부당성을 다룰 수 없다고 판결하였다. 상고심인 대법원은 심리불속행으로 기각하여 고등법원의 판결을 확정하였다.¹⁾ 이와 같이 재심판정이 취소되자 중앙노동위

1) 사건의 경과: 서울행정법원 2012. 6. 21. 선고 2011구합30687 판결, 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24230 판결, 대법원 2013. 7. 11.자 2013두6985 판결(심리불속행)

원회는 재처분 심문회의 결과 이 사건 근로자들에게 갱신기대권은 인정되나 갱신거절의 합리적 이유가 있다고 하여 기각하는 재처분을 하였고, 행정법원과 고등법원 또한 동일한 이유로 이 사건 근로자들의 청구를 기각하였다. 반면 대상판결은 아래에서 언급하는 법리를 근거로 갱신거절의 합리적 이유가 없다고 하여 원심판결을 파기·환송하였다.²⁾ 이 사건의 법적 쟁점은 갱신거절에 합리적 이유가 있는지 여부에 있다.

이 사건의 사실 개요를 보면, 이 사건 근로자들은 교향악단이 설립된 2004년 12월 이후 사용자와 2년 단위로 위촉계약을 체결하였고, 위촉기간이 만료될 때마다 정기평정을 거쳐 재위촉되어 왔으며, 이 사건 재위촉 거부가 있기 전까지 한 번도 재위촉이 거부된 적이 없었다. 그런데 2010년 11월에 사용자는 예술단의 운영위원회를 개최하여 기존 단원들에 대해 재위촉 전형을 하지 않고 일제히 신규전형을 통해 단원을 선발한다는 취지의 의결을 하였고, 이에 따라 2011년 1월 중순경 실시된 공개전형에서 이 사건 근로자들 중 일부는 응시자격(‘공고일 현재 주소가 대구·경북으로 되어 있는 자’)을 구비하지 못해 응시하지 못하였고, 튜바 파트의 폐지로 기존에 튜바를 담당하던 근로자도 응시하지 못하였으며, 나머지 근로자들은 합격순위에 들지 못해 재위촉되지 못했다.

이에 대해 고등법원은, 위촉기간이 만료된 자를 재위촉해야 할 의무가 있다가거나 전형의 구체적인 방법이 규정되어 있지 않으나 공개경쟁으로 뛰어난 단원을 뽑겠다는 공개모집 전환 결정은 사용자의 재량에 속하며, 평가기준이나 평가방법이 불합리하다고 볼 만한 특별한 사정이 없고, 응시자격을 지역적으로 제한한 것은 예산 사정을 고려한 것으로 부당하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

반면 대법원은 아래의 판단법리를 전제로 첫째, 재위촉 거부를 해야 할 경영상 또는 운영상의 필요가 있었음을 뒷받침하기에 충분한 사정을 찾기 어렵다고 판단하였다. 대법원은 전형방식을 결정할 사용자의 재량이 있음을 인정하나, 기존 방식으로 교향악단의 수준이 하락하였다거나 기존 방식만으로 수준을 유지·향상시키기 어렵다는 점을 추단할 만한 사정에 대한 아무

2) 사건의 경과: 서울행정법원 2014. 12. 18. 선고 2014구합60863 판결, 서울고등법원 2015. 5. 15. 선고 2015누30533 판결, 대법원은 대상판결임.

린 주장·증명이 없음에도 원심이 공개전형이 교향악단의 수준을 유지·향상시키기 위한 합리적인 방법이라고 단정한 것은 받아들기 어렵다고 판단하였다. 둘째, 대법원은 사용자가 위촉기간이 만료되는 기존 단원들에 대해 사전 동의 또는 협의 등의 절차를 거치지 않은 채 공개전형을 실시한 것은 근로계약 갱신에 대한 이 사건 근로자들의 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 조치라고 판단하였다. 셋째, 공개전형 응시자격을 대구·경북지역에 거주하는 연주자로 제한할 필요성이 없다고 판단하였다. 즉 대구·경북지역 외의 지역에 거주한다고 하여 교향악단의 단원으로서의 활동상 장애가 있거나 그 설치 목적인 시민의 정서함양 및 지역문화창달에 어떠한 어려움이 있다고 보기 어렵다고 보았다. 타당한 판단이라고 생각한다.

(2) 대상판결에서 필자가 주목하고자 한 것은 사실관계에 대한 판단보다 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준 및 이의 증명책임, 그리고 계약갱신절차가 아닌 신규채용절차를 통해 대규모로 갱신을 거절한 경우(대상판결과 같은 사안) 합리적 이유의 판단방법 등을 제시한 판시내용이다. 대상판결은 이를 일반적인 판단기준으로 정식화한 최초의 판단으로 보인다. 그동안 대법원은 갱신기대권의 인정 여부에 대한 판단기준과 갱신기대권이 인정되는 경우의 법적 효력에 대해서는 제시한 바 있고, 이것은 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결, 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 등이다. 대상판결 또한 이 판결의 내용을 전제로 실시하고 있다.

① 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준 및 이의 증명책임에 대한 판시내용이다.

대상판결은 “기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 이와 같이 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그러므로 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제될 때에는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 그 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 여부 등 당해 근로

관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다”고 판시하고 있다. 종전의 대법원은 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정될 경우 사용자의 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추 적용되므로 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적 이유가 있어야 한다는 취지의 판결을 하였다. 대상판결은 여기서 더 나아가 합리적 이유가 있는지 여부는 갱신기대권을 인정하는 취지에 비추어 근로관계를 둘러싼 제반 사정을 종합하여 ‘갱신거부 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단’하여야 한다고 제시하고 있다. 이러한 사정에 대한 증명책임은 사용자에게 있다. 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추 적용되고, 해고의 정당한 사유는 사용자에게 입증책임이 있듯이 갱신거절에 합리적 이유가 있다는 사정은 사용자가 입증책임을 부담한다.

② 계약갱신절차가 아닌 신규채용절차로의 전환을 통해 대규모로 갱신을 거절할 경우의 합리적 이유의 판단기준 및 방법에 대한 판시내용이다.

대상판결은 “특히 사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제 근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것이므로, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 여부 등을 종합적으로 살펴보아 그 주장의 당부를 판단하여야 한다”고 판시하고 있다. 이 판시내용은 「근로기준법」 제24조의 ‘경영상 이유에 의한 해고’의 요건과 맥을 같이하고 있는데, 앞서 언급한 ‘①’의 갱신거절의 합리적 이유는 주로 근로자측의 사정에 기해 발생하는 것이고, ‘②’는 주로 사용자측의 사정에 기해 발생하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

대상판결은 법원이 그동안 판례 법리로 축적해온 갱신기대권 법리를 한층 더 발전시키고 구체화하였다는 측면에서 의미가 큰 판결이라 생각한다.

» 강선희(법학박사)

인턴계약의 의미

- 서울고등법원 2016. 9. 28. 선고 2015누54706 판결 -

【판결요지】

① 근로계약서에 근로계약기간이 명시되어 있을 뿐 그 기간이 시용 기간이나 이 기간 만료 후 본 계약 또는 정규직 계약 체결 여부를 결정하는 절차를 진행한다는 취지가 전혀 기재되어 있지 않고, ② 회사의 취업규칙, 단체협약에서도 인턴은 계약 기간이 끝날 때 자동으로 근로계약이 종료된다고 하면서 ‘인턴에 대해 근로 성적 등을 심사하여 정규직으로 채용할 수 있다’고 하여 정규직 계약 체결 여부에 관한 결정을 임의적인 절차로 규정하고 있으며, ③ 이 사건 근로자를 채용한 장년 인턴제 사업의 지침에서도 ‘인턴 실시 기업은 인턴 참여자가 직무 능력 개발 및 직장 적응을 통해 정규직 근로자로 채용될 수 있도록 노력하여야 한다’고 하여 정규직 계약 체결 여부에 관한 결정을 임의적인 절차로 규정하고 있는 등의 사정이 있다면, 이 사건 근로계약은 인턴 기간을 계약 기간으로 정한 기간제 근로계약이다.

영어인 인턴이라는 용어의 의미를 옥스포드사전에서 찾아보면 “직무상 경험을 얻거나 자격을 취득하기 위해 경우에 따라 임금이 없이 일하는 학생 또는 훈련생”으로서, 훈련생, 수습, 견습, 학생, 교육생, 초심자 등의 비슷한 용어라고 나와 있다.¹⁾ 필자가 대학을 졸업하던 즈음에 인턴이라는 용어는 병원에서 전문의가 되기 위해 수련을 받는 의사들에게나 사용되었지만, 2000년대 들어서는 시용이라는 용어 대신 정식 채용이 되기 전 거쳐야 하는 절차적 조건으로 간주되는 듯하였고, 최근에는 별다른 기준 없이 정식 채용을 하지 않는 경우에 아무렇게나 사용되고 있는 듯하다. 정부는 취업을 제고를 위한 고용정책에서 이 용어를 남용하고 있고, 일부 사기업은 비정규직 채용 조차 꺼려진다면 인턴모집공고를 내고 있으니 말이다. 특히 취업난이 심각해지면서 인턴은 노동착취라는 단어와 쌍을 이루기도 한다.²⁾

1) <https://en.oxforddictionaries.com/definition/intern>

2) http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1003987139&oid=N1003434228&

인턴이라는 용어가 아무렇게나 사용되면서, 인턴계약은 노동법상 어떤 위치에 있는지에 관한 의문도 당연히 발생할 수밖에 없다. 원래대로라면 일을 배우는 사람이기 때문에 대가없는 작업이 이루어지거나, 일정한 대가가 있다 하더라도 그 대가는 임금 외 금품으로서의 성격을 취할 수 있다. 그러나 우리 주변에서 이루어지고 있는 인턴의 일은 기업의 일상적 업무를 담당하는 경우가 많고, “직무상 경험을 얻거나 자격을 취득하기 위해 경우에 따라 임금이 없이 일하는 학생 또는 훈련생”이라기보다는 “근로의 실질관계에 의하여 근로기준법...에 의한 사용종속관계가 있음이 인정되는 경우”로서 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는 경우가 많다.³⁾ 그리고 이러한 경우라면 인턴이라는 용어와 상관없이 근로자로서 최저임금, 사회보험, 휴일과 휴가 등의 권리를 갖게 됨은 당연하다. 그리고 이러한 경우라면 인턴채용계약은 근로계약으로서의 성격을 갖게 된다는 것도 당연하다. 그렇기 때문에 이 인턴근로계약에 기간이 정해진 경우 그 인턴근로계약은, 검토하고 있는 판례가 말하고 있는 바와 같이, ‘인턴 기간을 계약 기간으로 정한 기간제 근로계약’이라고 볼 수 있고, 인턴근로계약이 기간제 근로계약이라면 기간제 근로계약의 반복갱신 혹은 무기근로계약체결에 대한 근로자의 기대권도 인정할 수 있을 여지가 발생할 수 있다. 기간제 근로계약에 관한 그 동안의 판례상 논리에 따르면 말이다. 그러한 기대권의 발생 여지가 있음을 인지하고 있기 때문인지 최근 한 국책연구기관의 청년인턴 채용공고에서는 “계약 기간 만료 후 고용관계가 소멸되는 기간제 근로자(체험형 인턴)”라고 밝히고 있는 것을 볼 수 있었다. 말하자면 체험형 인턴은 계약의 갱신이나 무기계약체결에 대한 기대권을 사전에 차단한 인턴제라고 할 수 있다. 이러한 체험형 인턴 이외, ‘전환형(혹은 채용형) 인턴’이라는 것도 있다. 이것은 일정 기간 인턴으로 근무하면 정규직으로 채용될 가능성을 갖고 있는 인턴제이다. 보통 ‘평가 후 전환’이라고 명시되어 있다.

여기에서 잇닿을 수밖에 없는 의문들이 발생한다. 판례의 논리대로라면 이 전환형 인턴계약은 기간제 근로계약이 아닌, 시용근로계약으로서 평가될 수 있을까? 체험형으로 명시가 되어 있지 않은 인턴계약은 기간제 근로계약

plink=TAGRECOMM&cooper=SBSNEWSSEND 등 각종 미디어매체의 보도자료 참고

3) 고교실습생이 근로기준법상의 근로자임을 인정한 대법원 1987.6.9. 선고 86다카2920 판결 외 다수 판례 참고.

인가, 시용근로계약인가? 일반적인 기간제 근로계약이라도 일정한 평가 후 무기근로계약으로 전환될 가능성을 갖는다면 그것은 기간제 근로계약이 아닌 시용근로계약일까? 그렇다면 기간제 근로계약과 시용근로계약의 차이는 어디에 있을까?

이러한 질문들의 원인은 인턴이라는 용어를 남발하고 있는 탓이 가장 클 것이다. 그러나 기간제 근로계약이 금지되고 있지도 않은 상황에서 기업들은 왜 굳이 인턴이라는 용어를 사용하는 것인지에 대해 생각해 볼 필요도 있다고 생각한다. 인턴의 본래적 의미대로라면, 인턴은 근로자가 아닐 가능성이 있다. 그러나 본래적 의미를 벗어난 인턴은, 본래적 의미를 벗어난 교육실습생이나 직업훈련생이 근로기준법상 근로자인 것과 마찬가지로, 근로기준법상 근로자로서 보호를 받을 수 있다. 그러나 여전히 인턴이라는 용어를 사용하면 인턴에 대한 노동법상 사용자책임을 벗어날 수 있다고 생각하는 것은 아닐까.

한편, 인턴계약은 시용계약이 아니라고 하는 것에 대해서도 의문을 제기할 필요가 있다. 위와 같이 인턴이라는 용어는 이미 본래적 의미를 벗어났다. 판례는 시용의 의미를 “사용자가 근로자와 확정적인 근로관계를 맺기 전에 근로자의 능력과 업무 적성 등을 평가해 보기 위하여 일정 기간 동안 근로자를 시험적으로 고용하는 행위”로서 일종의 “해약권 유보부 근로계약”이라고 해석하고 있다. 그러므로 “어떤 근로계약이 시용계약에 해당하기 위해서는 ‘특정한 기간 동안 근로자가 시험적으로 근로를 제공하고, 그 기간이 만료한 후 사용자가 그 동안의 근로 내용을 바탕으로 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등을 평가하여 본 계약 체결 여부를 결정하는 절차를 필수적으로 거친다’는 점에 관하여 계약 당사자 사이에 합의가 있어야 한다.”고 평가한다. 그렇다면 인턴계약상 체험형 인턴으로 명시되지 않은 경우라면, 즉 전환형(혹은 채용형) 인턴계약의 경우에는 기간제 근로계약이 아닌 시용근로계약으로 평가될 가능성을 갖는 것이다. 어떤 경우에 체험형이 아닌 전환형(혹은 채용형) 인턴계약으로서 그것을 시용근로계약으로 평가할지는 검토대상사건의 요지를 반대해석함으로써 가능할 것으로 보인다. 실제 사건이 발생했을 때 법원이 전환형(혹은 채용형) 인턴계약을 시용근로계약으로 해석할 것인지는 아직 불분명하지만, 계약의 형식이 아닌 실질을 판단한다면 어려운 일이 아닐 것이다. 문제는 어느 정도의 명시적 조건이 부가되

어야 하는지이다. 단순히 “채용할 수 있다.”는 조건만으로도 인턴계약을 시용근로계약으로 전환해석할지, 아니면 업무 능력 등을 평가하여 본 계약 체결 여부를 결정하는 절차를 ‘반드시’ 내지 ‘필수적으로’ 거치기로 합의하는 정도의 명시성을 요구할 것인지는 전환형(혹은 채용형) 인턴계약에 관한 법원의 판단이 있기 전까지는 단정지어 말할 수 없을 듯하다. 검토대상사건에서 법원은 ‘반드시’, ‘필수적으로’라는 용어를 사용하고 있기는 하다.

>> 박은정(인제대학교 공공인재학부 교수)

비정규 차별에서 비교방법에 따른 불리한 처우 및 합리적 이유의 유무

- 서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30189 판결¹⁾ -

【판결요지】

비교대상 근로자들과 달리 기간제근로자에게 명절휴가비, 정액급식비 및 가족수당을 지급하지 않은 것은 정규직 근로자에 비하여 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않아 합리적인 이유가 없다고 봄이 타당하다.

교육부 소속 기관인 국사편찬위원회에서 1년 단위로 근로계약을 체결하고 사료연구위원으로 근무하는 기간제근로자 7명은 편사연구직 공무원들에 지급되는 기본급, 성과상여금, 명절휴가비, 연구직수당, 정근수당, 정근수당 가산급, 시간외근무수당 정액분, 직급보조비, 정액급식비, 가족수당 등에 있어서 지급받지 못하거나 적게 지급받은 것이 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, ‘기간제법’) 제8조에서 금지하는 차별적 처우에 해당한다고 주장하면서 노동위원회에 차별시정신청을 하였다. 경기지노위·중노위는 명절휴가비, 정액급식비 및 가족수당을 기간제근로자들에게 지급하지 아니한 것은 차별적 처우임을 인정하여 시정명령을 하였으나, 나머지 부분은 기각하거나 각하하였다. 이에 국사편찬위원회는 중노위의 재심판정에 불복하여 행정소송을 제기하였고 행정법원은 재심판정 중 일부를 취소하였으나, 이의 항소심인 고등법원은 이를 다시 취소하였고 이에 대해 상고하지 않아 확정되었다. 기간제근로자들은 경기지노위에서 기각되거나 각하된 부분에 대하여 재심 및 행정소송을 제기하지 않음으로 인해 확정되었고, 중노위 및 법원에서는 시정명령이 내려간 명절휴가비, 정액급식비 및 가족수당만을 다루게 된 것이다. 최종적으로 기간제근로자 7명 중 4명에 대해서만 명절휴

1) 사건의 경과 : 경기지방노동위원회 2014. 12. 30. 판정 2014차별8 → 중앙노동위원회 2015. 5. 4. 판정 2015차별1 → 서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합65827 판결 → 서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30189 판결(확정).

가비, 정액급식비 및 가족수당의 미지급이 차별적 처우임을 인정하였다.

이 사건의 경우 노동위원회, 행정법원 및 고등법원 각각 시정명령의 대상이 되는 기간제근로자의 범위와 일부 수당에 있어서 결론을 달리하였다. 비정규 차별과 관련하여 이 사건에서도 다양한 법적 쟁점이 있었으나 이 글은 심급별로 결론을 달리하는 부분에 주목하고자 하며, 이는 불이익 비교방법의 차이와 합리적 이유의 유무에서 비롯된 것으로 보인다.

먼저, 기간제근로자(사료연구위원)와 비교대상 근로자(편사연구직 공무원)의 임금 등 조건을 비교하면 아래와 같다.

기간제근로자와 비교대상 근로자의 임금 등 조건 비교

	기간제근로자들	비교대상 근로자의 기준
기본급	가급: 2,762,900원 나급: 2,466,900원	계급 및 호봉에 따라 지급*
연구직수당	미지급	매월 80,000원
직급보조비	미지급	연구관: 250,000원, 연구사: 155,000원
정근수당	미지급	1년 미만: 미지급 2년 미만: 기본급×5%, 이후 1년마다 5%씩 증가
정근수당가산금	미지급	근무연수에 따라 0~100,000원 월정액 지급
시간외수당 (정액분)	미지급	연장근로와 관계없이 매월 10시간분 지급
명절휴가비	미지급	기본급×60%, 연간 2회 지급(설, 추석)
정액급식비	미지급	월 130,000원
가족수당	미지급	배우자(40,000원), 부양가족(1인당 20,000원)
성과상여금	미지급	개인별로 차등지급

* 구체적으로 특정한 비교대상 근로자가 실제로 적용받고 있는 호봉이 아니라 해당 기간제근로자의 근속기간에 상응하는 호봉에 따라 산정한 기본급을 말한다(이 사건 기간제근로자들은 사용기간 제한의 예외자로서 3~19년 이상 근무한 사람임).

경기지노위는 불리한 처우가 존재하는지 여부를 판단하기 위해서 비교 가능한 임금 및 근로조건을 하나의 범주로 묶어 비교·판단하였는데, 기본급·연구직수당·직급보조비를 하나의 범주로 보아 합산하여 비교·판단하였고, 나머지는 세부 지급항목별로 비교·판단하였다. 그 결과는 아래와 같다.

경기지노위의 불리한 처우 및 합리적 이유 유무

	불리한 처우 유무	합리적 이유 유무에 따른 차별적 처우
기본급 + 연구직 수당 + 직급 보조비	<ul style="list-style-type: none"> ○ 기간제(2명 제외) > 비교대상 : 불리한 처우 없음 ○ 기간제 2명 < 비교대상 : 불리한 처우 있음 	기간제 2명(19년 근속)의 경우 불리한 처우가 있으나 비교대상의 83% 정도이며, 공무원으로서 요구되는 행정업무의 수행 및 담당업무의 책임을 감안할 때 합리적 이유가 있음 → 차별적 처우가 아님
정근수당, 정근수당 가산금	각각 불리한 처우 있음	장기근속을 유도하기 위한 수당으로 기간제 근로계약을 체결한 기간제에게 지급하지 않는 것은 합리적 이유가 있음 → 차별적 처우가 아님

경기지노위의 불리한 처우 및 합리적 이유 유무

	불리한 처우 유무	합리적 이유 유무에 따른 차별적 처우
시간외 수당 (정액분)	불리한 처우 없음(기간제의 경우 실제 연장근로에 따라 근로기준법상의 연장근로가산수당을 받음)	
명절휴가비	불리한 처우 있음	합리적 이유 없음 → 차별적 처우 인정
정액급식비	불리한 처우 있음	합리적 이유 없음 → 차별적 처우 인정
가족수당	불리한 처우 있음	합리적 이유 없음 → 차별적 처우 인정
성과상여금	(제척기간 도과로 각하)	

행정법원은 기간제근로자 7명 중 1명(Y)에 대해서는 비교대상 근로자가 없다는 이유로 Y에 관한 재심판정을 취소하는 한편, 불리한 처우 유무를 판단하는 기준으로 “기간제근로자들과 비교대상 근로자 간에 임금을 구성하는 세부 항목이 다르거나 세부 항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에는 임금의 세부 항목별로 불리한지 여부를 따져서는 안 되고, 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해

당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목으로 구분하여, 전자의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 합산하여 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 후자의 경우에는 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 한다.”고 판시하였다.2) 구체적인 판단은 아래와 같다.

행정법원의 불리한 처우 및 합리적 이유 유무

	불리한 처우 유무	합리적 이유 유무에 따른 차별적 처우
기본급 +연구직수당 +직급보조비 +정근수당 +정근수당 가산금 +명절휴가비 +정액급식비	<ul style="list-style-type: none"> ○ 기간제A그룹(근속기간이 9년 이상인 3명) <비교대상 : 불리한 처우 있음 ○ 기간제B그룹(근속기간이 3~5년인 3명) > 비교대상 : 불리한 처우 없음 → 재심판정 취소 	<기간제A그룹> 불리한 처우가 있으나 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위 및 능력 등 임금 및 근로조건의 결정요소의 차이를 감안할 때 합리적 이유가 있음 → 차별적 처우가 아님 → 재심판정 취소
가족수당	불리한 처우 있음	합리적 이유 없음 → 차별적 처우 인정

* 기간제근로자가 기본급 등에 대하여 기각된 후 이에 불복하지 않았다고 하더라도 명절휴가비와 정액급식비를 지급하지 아니한 것이 불리한 처우에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 같은 성격의 급여를 합산하여 판단할 수밖에 없음.

고등법원은 Y에 대하여 다른 비교대상 근로자를 선정하여 1심 행정법원의 판결을 취소하는 한편, 불리한 처우 유무를 판단하는 기준을 위의 1심 행정법원과 동일하게 제시하면서 합리적 이유를 1심과 달리 판단하여 명절휴가비와 정액급식비에 대해 차별적 처우를 인정하였다.

요약하면, 가족수당의 경우 모든 심급에서 일관되게 기간제근로자 7명 모두에게 차별적 처우임을 인정하였고, 명절휴가비와 정액급식비의 경우 노동위원회와 법원 간의 차이는 불리한 처우의 비교방법에서의 범주화(그룹핑)의 대상 범위의 차이에서 비롯되었으며, 행정법원과 고등법원 간 차이는 합리적 이유의 판단에서 발생하였다.

2) 서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12012 판결 참조.



고등법원의 불리한 처우 및 합리적 이유 유무

	불리한 처우 유무	합리적 이유 유무에 따른 차별적 처우
기본급 +연구직수당 +직급보조비 +정근수당 +정근수당 가산금 +명절휴가비 +정액급식비	<ul style="list-style-type: none"> ○ 기간제A그룹(근속기간이 9년 이상인 Y포함 4명) <비교대상: 불리한 처우 있음 ○ 기간제B그룹(근속기간이 3~5년인 3명) > 비교대상: 불리한 처우 없음 → 1심 행정법원과 동일한 판단 	<기간제A그룹> 명절휴가비와 정액급식비는 채용조건, 근무성적, 업무의 난이도 및 권한과 책임범위 등과 무관하게 지급되는 복리후생적 성격의 수당인 점, 예산상의 제약은 차별적 처우의 이유가 될 수 없고 오히려 사용자인 국가편찬위원회가 기간제법의 취지에 따라 각 급여를 지급할 수 있도록 예산을 편성할 의무가 있다는 점 등을 고려할 때 합리적 이유가 없음 → 차별적 처우 인정 → 1심 행정법원 결정 취소
가족수당	불리한 처우 있음	합리적 이유 없음 → 차별적 처우 인정

하급심 판례 및 통상임금 법리 등을 종합하여 불리한 처우의 판단방법과 이에 따른 합리적 이유 입증에 관해 정리하면, 첫째, (비교대상자와 비정규직 간에 임금 및 근로조건 상에서 대응하는 세부 항목이 있는 경우) 세부 항목별 비교를 하여야 하고 사용자는 세부 항목별로 (낮거나 미지급되는) 불리한 것에 대해 합리적 이유를 입증해야 한다. 그러나 비정규직의 임금 및 근로조건에 있어서 특정 항목은 비교대상자보다 높은 반면 특정 항목이 낮은 경우 또는 포괄임금제나 연봉제 등의 경우에서와 같이 세부 항목별 비교가 불가능하거나 곤란한 경우가 있을 수 있다. 둘째, (임금체계의 차이 등으로 인하여 세부 항목별 비교를 적용할 수 없는 경우) 범주화하여 비교하여야 하는데, 소정근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목을 하나의 범주로 합산하고, 그 외는 세부 항목별로 비교하는 것이다. 이를 도식화하면 아래와 같다.

범주	<① 소정근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목>을 합산하여 비교	<② 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금항목>은 항목별 비교
예시	통상임금 범위와 유사	<ul style="list-style-type: none"> - 소정근로 외 추가적 근로에 따른 임금(연장·야간·휴일근로 등) - 부양가족 수에 따라 지급되는 가족수당 - 본인 또는 가족의 경조사에 따라 지급되는 경조금 및 경조휴가 - 실비변상적 성격의 수당(식대·교통비 등)*
합리적 이유의 입증	<ul style="list-style-type: none"> - 근로의 질과 강도, 업무의 범위, 책임, 직책, 경력, 위험성 등 - 합산된 임금항목별 성질에 따라 임금항목별 합리적 이유를 입증(?) 	각 항목별로 입증

* 교통비 및 식대 등이 실비변상으로 지급되지 않고 통상임금의 성격을 가졌다면 ①에 합산하여 비교

필자는 여러 자리에서 합리적인 이유의 입증 범위와 방법에 있어서 불리한 처우가 발생한 대상 및 범주 내에서 합리적인 이유를 입증해야 한다고 주장하여 왔다. 즉 불리한 처우의 유무를 판단함에 있어서 세부 항목별로 비교한 경우에는 불리함이 존재하는 해당 항목에서 합리적인 이유를 입증하여야 하며, 범주화하여 비교한 경우에는 범주화한 영역에서 합리적인 이유를 입증하여야 한다. 여기서 범주화의 영역이 커지면 합산되는 임금항목의 성질에 따라서 그 영역 내에서도 임금항목별로 합리적 이유를 따져야 되는 것이 아닌가라는 문제의식이 있다. 이와 관련하여 하급심의 견해는 나뉘어져 있으며 대법원에서 사건이 진행 중에 있어 결과를 기다려 봐야 할 것이다. 위 고등법원의 판결은 불리한 처우의 유무에서는 소정근로에 대해 지급하는 임금항목을 합산하여 비교하면서, 합리적 이유는 합산된 영역 내 임금항목별로 판단한 것으로 보인다.

>> 강선희(법학박사)

도급사업자의 근로자 직접고용·파견·도급의 구분 요소

- 서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016나11051 판결 -

【판결요지】

(도급사업자와 하청업체 근로자 간의 직접고용관계를 인정하기 위해서는) 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일 시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이며 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.

(도급사업자와 하청업체 근로자 간의 파견근로관계가 성립하기 위해서는) “당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, (…중략…) 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, (…중략…) 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 (…중략…) 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 (…중략…) 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

피고 회사는 원자력 등 발전업을 목적으로 하는 법인으로 방사선 안전팀의 소관 업무인 방사선방호, 방사성폐기물 관리 등의 업무를 용역업체들에 위탁하였다. 원고들은 용역업체들의 근로자들로서 피고 회사를 상대로 주위적 청구로 원고 근로자들과 피고 회사 간의 직접적 고용관계를, 예비적 청구로 파견근로관계를 주장하였다. 제1심인 서울중앙지방법원은 원고들의 청구를 모두 기각하였고 원고들은 이에 대해 항소하였다.

대상판결에서 고등법원은 원고 근로자들의 항소를 기각하면서 판결 이유를 제1심 판결을 인용하는 것으로 같음하였기 때문에 법리와 사실관계의 이해는 제1심 판결의 이유를 중심으로 살펴보아야 한다. 먼저 제1심 법원

은2) 피고 회사와 원고 근로자들 사이의 직접적 고용(묵시적 근로계약) 관계가 성립하기 위해서는 원고 근로자들을 직접 고용한 용역업체가 “사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않고, 사실상 당해 피고용인은 제3자(피고 회사)와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이며 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 할 것(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결)”이라고 판시하였다.

이러한 법리를 사실관계에 포섭하여 볼 때 사건의 용역업체들은 사업수행 평가와 적격심사를 갖춘 자격이 있으며 현장사무실에 용역업체들의 현장대리인 및 직원들이 상주하고 있었다. 또한 상주비용을 자체적으로 해결하고 있었으며 통근 버스 운영과 독자적인 취업규칙 제정 및 징계·인사규정 운용 등을 하고 있었다. 이에 법원은 용역업체들이 독자적인 사업체로서의 실체를 갖추고 있다고 판단하여 피고 회사와 원고 근로자들 간의 직접적인 고용관계를 부정하였다.

원고 근로자들의 예비적 청구인 피고 회사와의 파견근로계약 성립 여부에 대해서 법원은 판단의 근거로 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결을 들고 있다. 대법원 판결은 파견근로관계가 성립하기 위해서는 “당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업 휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있

1) 서울중앙지방법원 2016. 7. 7. 선고 2013가합79295 판결.

2) 이하 특별한 언급이 없으면 ‘법원’은 제1심 법원인 서울중앙지방법원을 의미한다.

는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단"할 것을 판시하고 있다.

이상의 대법원의 판단 기준을 분류하면 ① 도급사업자의 근로자들에 대한 노무지휘성, ② 근로자들의 도급사업자에 대한 실질적 편입 여부, ③ 용역업체의 근로자들에 대한 독자적인 인사관리, ④ 용역업체의 전문성·기술성, ⑤ 용역업체의 인적·물적 독립성이라고 할 수 있다.

이러한 기준을 갖고 법원은 법리에 사실관계를 포섭하여, 용역업체들은 방사선구역 관리 등에 있어 전문성과 기술성이 있으며(④), 별도의 근무복과 조 편성, 노동조합 등으로 도급사업자에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 없으며(②), 휴가 및 근태관리와 교육·훈련, 징계 등을 독자적으로 결정하였으며(③), 피고 회사(원청)가 근로자들에게 구속력 있는 지휘명령과 징계는 하지 않았으며(①), 용역업체들은 공개경쟁입찰을 통해 계약을 체결한 독립적인 설비와 조직을 갖추고(⑤) 있다는 점을 근거로 판단하면 피고 회사와 근로자들 간의 파견근로관계가 성립할 수 없다고 실시하였다. 무엇보다 피고 회사의 근로자들에 대한 지휘명령성이 인정되지 않기 때문이다.

이상 법원의 대법원 판시를 기준으로 한 근로자의 직접고용·파견·도급 계약 형태를 간단히 도식화하면 다음과 같다.

	용역(하청)업체의 실체	원의 노무지휘	도급사업자로의 편입
직접고용	×	○	○
파견계약	○	○	○
도급(용역)계약	○	×	×

직접고용과 파견계약 및 도급계약의 가장 큰 차이는 전자는 용역업체의 실체가 없지만 후자는 있다는 것이다. 법인격 부인론의 ‘허수아비’이론으로 용역업체의 존재가 형식적·명목적인 것으로 기업으로서의 독자성을 결하였을 경우 도급사업자와 근로자 간의 직접고용을 인정할 수 있다는 것이다.

다시 말하면 파견계약과 도급계약 간의 가장 큰 차이는 근로자들이 도급사업자의 노무지휘를 받는가이다. 이는 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 제2조 제1항 제1호의 정의에도3) 나오듯이 파견근로는 사용사업주의 노무지

휘를 받을 것을 요건으로 하기 때문이다. 그리고 근로자들이 도급사업자로 편입되는지 여부도 또 다른 잣대가 될 수 있다.

본 사안의 사실관계를 그대로 인정하면 용역업체들은 그 인적·물적 실체와 독립성을 인정할 수 있고, 근로자들에게 독자적인 노무지휘와 인사관리를 하며, 근로자들이 도급사업자의 조직에 편입되지도 않았기 때문에 근로자들은 도급사업자와 도급계약을 맺은 용역업체 소속의 근로자로서 도급사업자인 피고 회사와는 아무런 근로관계가 없다.

다만 대법원 및 법원의 설사에서 좀 더 발전을 시켜야 할 부분이 있다. 우리 대법원은 도급사업자의 근로자들에 대한 직접고용을 인정하기 위해서는 하청업체가 “사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않”을 것을 요구한다. 즉, 하청업체는 ‘허수아비’여야 한다. 그러나 도급사업자가 불법파견이나 위장도급의 형식적 요건을 피하기 위해서 실질적인 자회사로서 하청업체에게 최소한의 인적·물적 독립성을 구비시킬 경우에는 간단히 법리를 피해 갈 수 있다. 즉, ‘허수아비’에서 ‘정장 입힌 마네킹’으로 발전시킬 경우 실질적으로는 직접고용의 형태를 띠지만 도급사업자의 독립성을 인정받아 구체적인 노무지휘 관계를 따지기 전에 바로 직접고용 형태를 부정할 수 있게 된다. 따라서 이러한 진화된 형태에 맞서기 위해서는 ‘독자성’의 관점이 아니라 ‘전속성’의 관점에서 보아야 한다. 즉, 용역업체가 인적·물적 독자성을 갖추고 있다고 하더라도 용역업체의 업무가 오로지 도급사업자에게서 조달되는 등 도급사업자에 전속되어 있을 경우 용역업체는 직접고용을 피하기 위한 외관의 발전에 불과하다. 따라서 실질적 고용관계의 형성을 살펴봐야 하는 노동법의 관점에서 직접고용을 인정하여야 한다.

» 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

3) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “근로자파견”이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

파견근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상

- 서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79078 판결 -

【판결요지】

- (1) 연차유급휴가수당의 미지급과 같이 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 것도 파견법상 차별적 처우의 금지 범위에 포함된다.
- (2) 파견근로계약관계에서 연차유급휴가수당지급의무를 부담하는 것은 파견사업주이지만, 파견법 제21조에 따라 차별적으로 지급된 연차유급휴가수당에 대한 차별시정의무는 파견사업주와 함께 사용사업주도 연대하여 책임을 진다.
- (3) 파견근로자가 동일한 사용사업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 차별적 처우를 받아왔고, 다만 그 기간 중 소속 파견사업주만이 변경되었다면, 사용사업주의 차별적 처우에 대한 차별시정의 제척기간은 사용사업주와의 근로관계가 종료한 날로부터 기산되어야 한다.
- (4) 차별적 처우에 명백한 고의가 있고 장기간 계속되었다면 기간제법 제13조 제2항 단서에 따라 손해액의 2배의 배상을 명한 것은 정당하다.

지금까지의 차별시정례 대부분은 기간제근로자와 관련된 문제들이었고, 파견근로자에 대한 차별시정례는 그다지 많지 않았다. 이 사건은 파견근로자임을 이유로 하는 차별시정과 관련하여 많은 쟁점들을 담고 있고, 검토대상판결은 원심판결과 함께 그 쟁점들을 비교적 합리적으로 해결하는 방법을 제시하고 있다는 점에서 의미를 갖는다. 특히 2014년 3월 「기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, ‘기간제법’) 개정을 통해 도입된 징벌적 손해배상제도(기간제법 제13조 제2항)가 과연 실질적으로 작동할 것인가에 대한 의문이 적지 않았는데, 검토대상사건에서 중노위와 법원이 처음으로 징벌적 손해배상을 결정하였다는 점에서도 주의 깊게 살펴보아야 할 판례라고 생각한다.¹⁾ 이하에서 요약문을 통해 정리한 쟁점들을 검토해 본다.

(1) 기간제법과 마찬가지로 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하, ‘파견법’)에서는 파견계약관계에서 파견근로자임을 이유로 하는 차별적 처우를 금지하고 있다. 금지되는 차별적 처우의 내용도 기간제법과 동일하여 ① 「근로기준법」 제2조 제1항 제5호에 따른 임금, ② 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, ③ 경영성과에 따른 성과금, ④ 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항 등이다(파견법 제2조 제7호). 2013년 기간제법과 파견법 개정 이전에는 차별적 처우의 내용이 “임금 그 밖의 근로조건 등”이라고만 규정되어 있었지만, 통상임금을 둘러싼 논쟁과 같이 ②나 ③과 같은 금품의 임금성이 쟁점이 되기도 하였던바,²⁾ 현행법에서는 임금과 함께 정기상여금 및 경영성과금도 차별적 처우의 내용이 될 수 있음을 규정하고 있다. 다만 ①, ②, ③은 사실상 ④가 구체화된 내용이다. 법제상 명시되어 있지는 않지만 ‘근로조건’은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다19210 판결 참조), 구체적으로는 「근로기준법」에 정해진 임금·근로시간·수행·해고뿐 아니라 같은 법 제93조 제1호 내지 제12호, 같은 법 시행령 제8조 제1항 제1호, 제3호가 정한 사항이 모두 포함된다.

검토대상판결에서 문제된 것은 연차유급휴가수당과 같이 「근로기준법」상 사용자에게 지급의무가 부과된 금품도 차별적 처우의 금지영역에 해당하는지 여부이다. 임금이라는 것이 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품을 의미하기 때문에, 연차유급휴가수당 등 법정수당도 근로의 대가로서 임금에 해당함에는 의문이 없다. 그런데 법정수당의 근거법제가 「근로기준법」이고, 「근로기준법」과 파견법의 관계상 「근로기준법」의 위반은 차별시정의 대상이 아니라 민사소송 등의 방법으로 해결해야 할 문제라는 주장이 가능하다. 실제 검토대상판결의 원심판결은 그와 같은 기초에 서서 “사용자가 근로기준법을 위반하여 특정 정규직 근로자를 다른 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우에는 근로기준법에 따른 책임만을 부담하

1) 검토대상판결의 원심판결은 서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결, 재심판정은 중노위 2015. 6. 30. 중앙2015차별3~11 병합 판정이다.

2) 예를 들어, 차별시정제도 도입 후 첫 사건인 한국철도공사사건에서 사용자 측은 쟁점이 되었던 성과상여금이 ‘임의적·은혜적 금품’으로서 차별시정의 대상이 아니라는 주장을 하였었다.

게 되나, 파견근로자 등을 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우 근로기준법에 따른 책임에 더하여 파견법에 따른 시정명령, 배상명령 등의 대상이 되는바, 근로기준법 위반에 대하여도 파견법을 적용할 경우 파견근로자가 정규직 근로자보다 더욱 두텁게 보호받는 역차별의 문제가 발생”한다고까지 하였다. 그러나 파견근로자가 다른 근로자들에 비하여 더욱 두텁게 보호를 받는다면 다른 근로자들에게도 그러한 보호를 보장해주어야 하는 문제이지, 그것이 역차별이라고는 말할 수 없다. 검토대상판결에서도 이러한 견지에서 “파견법의 차별적 처우의 개념을 축소하여 해석하는 것은 타당하지 아니”하다고 말하고 있다.

(2) 그런데 파견법 제34조에서는 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여 원칙적으로 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」 준수 의무를 부담하는 사용자로 보는 한편, 임금 등에 대한 책임은 파견사업주가, 근로시간과 휴게 및 휴일 등에 대한 책임은 사용사업주가 부담하는 것으로 하고 있다. 이에 따라 연차유급휴가보장의무는 파견사업주가 부담하는 한편, 근로자가 연차유급휴가를 다 사용하지 못한 경우 발생하는 연차유급휴가수당청구권도 임금으로서 파견사업주의 책임이라고 할 수 있다. 그렇다면 파견근로자의 연차유급휴가수당차별시정신청에 대하여 사용사업주는 당사자적격이 없다는 주장을 하게 될 수도 있다(실제, 검토대상사건의 사용사업주는 이와 같은 주장을 하였다).

그러나 파견법 제21조는 파견사업주와 사용사업주 모두에게 파견근로자에 대한 차별적 처우 금지 의무를 규정하는 한편, 차별시정신청 및 시정절차 등에서의 사용자를 파견사업주와 사용사업주 양자 모두로 간주하고 있다. 검토대상판결문에서도 원심판결과 함께 판시하고 있는 바와 같이 파견법 제34조의 사용자책임 분담은 “「근로기준법」의 적용에 있어 누구를 사용자로 볼 것인지를 정한 규정에 불과”하기 때문에 파견법 제21조의 차별시정책임을 논의하면서 파견법 제34조를 원용하여 파견사업주와 사용사업주의 책임을 구분하여 적용해야 한다고 보기는 어렵다. 특히 검토대상사건에서 법원은 파견근로자 임금에 대한 실질적 지배권이 사용사업주에게 있음을 확인하면서 “파견근로자가 사용사업주의 귀책사유에 의하여 사용사업주의 근로자보다 낮은 수준의 임금을 지급받게 될 위험이 있으므로, 이를 방지하기 위해

서는 파견사업주뿐 아니라 사용사업주에게도 임금 등의 영역에 대한 차별금지 의무를 부과할 필요성이 있"음을 판시하고 있다는 점은 시사하는 바가 크다(원심판결 인용).

(3) 한편, 검토대상판결에서는 다루어지지 않았지만 원용된 원심판결에서는 차별시정제척기간에 관한 사항을 다루고 있다. 이 사건에서 근로자들은 사용사업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 근무기간 중 6개월 단위로 소속파견사업주만을 변경해오다 근로계약기간이 종료되었다. 따라서 제척기간을 산정할 때 사용사업주와의 파견종료일을 제척기간 기산일로 해야 하는지, 아니면 변경된 각 파견사업주와의 근로계약기간 종료를 제척기간 기산일로 해야 하는지가 문제시되었던 것이다. 사실 이 사건의 세부적인 내용을 들여다 보면, 사용사업주의 사업장에서 파견사업주만을 변경하면서 2년 이상 근무한 근로자들이 근로계약기간 종료와 함께 차별시정이 아닌, 사용사업주에 대한 직접고용을 주장할 수도 있지 않았을까 하는 생각이 든다.³⁾ 하지만 근로자들이 차별시정을 선택하였기 때문에 제척기간이 문제가 되었다. 파견법 제21조 제3항에 따라 준용되는 기간제법 제9조는 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우가 있었을 때에는 그 종료일)로부터 6개월을 차별시정신청의 제척기간으로 규정하고 있으므로, 만약 변경되기 전 파견사업주와의 근로계약 종료일을 제척기간 기산일로 하는 경우에는 제척기간이 도과되었을 수도 있었다. 그러나 원칙적으로 그 의무가 파견사업주에게 있는 임금지급문제에 대해서도 차별시정과 관련하여서는 사용사업주에게도 그 책임을 물을 수 있다고 보아야 하는 만큼, 사용사업주와의 파견관계 종료일을 차별시정신청 제척기간의 기산일이라고 보아야 한다. 법원도 “동일한 사용사업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 차별적 처우를 받아왔고, 다만 그 기간 중 소속 파견사업주만이 변경되었다면, 사용사업주의 차별적 처우에 대한 차별시정의 제척기간은 사용사업주와의 근로관계가 종료한 날”이라고 판단하였다(원심판결 인용).

3) 이 점을 고려했기 때문인지, 원심판결 판시 내용 중에는 근로자들이 “이직, 정규직 입사, 재계약 시 경력 반영 요구 등의 다양한 선택지가 있었음에도 스스로 파견사업주를 변경”하였다는 점을 확인하면서, 근로계약기간에 비례하여 비교대상근로자들과의 상여금 차이가 합리적 이유가 있다고 판단하였고, 검토대상판결도 이 내용을 그대로 인용하였다.

(4) 마지막으로, 검토대상사건은 2014년 3월 기간제법 개정을 통해 도입된 징벌적 손해배상에 관한 기간제법 제13조 제2항 단서규정(2014년 9월 시행)이 적용되었다. 앞의 (3)에서 언급한 바와 같이 이 사건 근로자들은 파견사업주만을 6개월 단위로 변경하면서 사용사업주에게 계속 근로를 제공하고 있었다. 따라서 차별적 처우가 이 기간 중 계속되었고, 또한 문제된 연차유급휴가수당지급의무는 「근로기준법」상 사용자가 근로자들에게 보장해야 하는 연차유급휴가를 근로자들이 사용하지 않았을 때 발생하는 것인데, 도급계약관계가 아닌 파견근로계약관계하에서 근로자들에 대한 지휘감독권을 가진 사용사업주가 근로자들의 연차유급휴가 사용 여부를 파악할 수밖에 없고, 또한 이에 연차유급휴가 미사용 시 수당지급의무는 당연히 발생하는 것임에도 불구하고 이행하지 않은 명백한 고의성을 인정할 수 있었다. 기간제법 제13조 제2항 단서는 “노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 중노위는 이에 근거하여 비지급 연차유급휴가수당 손해액의 2배 배상 명령을 내렸고, 원심판결법원인 서울행정법원과 검토대상판결법원인 서울고등법원 모두 중노위의 이 결정이 위법하지 않다는 판단을 내렸다. 향후 반복적이고 고의적인 차별적 처우와 관련하여 징벌적 손해배상명령이 많아질 것으로 예측이 되기는 하지만, 기간제법 제13조 제2항 단서의 적용을 위한 사용자의 ‘명백한 고의성’과 차별적 처우의 ‘반복성’을 논증하는 문제가 적잖은 논란을 불러일으킬 듯하다.

» 박은정(인제대학교 공공인재학부 교수)

기간제법상 차별의 인정기준 - 현저한 질적 차이의 유무

- 서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016누51667 판결 -

【판결요지】

기간제법 제8조가 규정하는 비교대상으로서의 ‘동종 또는 유사한 업무’는 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하여야 하며, 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용, 작업조건 등 핵심 요소에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다. 또한 채용절차가 동일하지 않음을 이유로 업무의 동질성을 부인한다면 기간제 근로자를 보호하려는 기간제법의 취지에 맞지 않으므로 채용절차의 차이가 합리적인 차별이 되기 위해서는 요구 자격이 해당 업무와 직접적인 관련이 있는 등의 ‘현저한 질적 차이’가 있어야 한다.

근로자 A(보조참가인)는 甲대학 법인의 미술관에서 기간제로 근무하는 자로 미술관장의 비서업무와 미술관의 회계업무를 담당하였다. A는 같은 회계업무를 수행하는 甲대학 법인 직원들에 비해 자신의 기본급이 적고 정근수당과 성과상여금 등은 아예 지급받지 못하는 것은 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 함) 제8조에서 규정하는 차별적 처우로서 그 시정을 지방노동위원회에 신청하였다. 그러나 지방노동위원회는 차별의 비교대상인 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자가 존재하지 않는다는 이유로 A의 신청을 기각하였다. 중앙노동위원회의 재심 중 A는 판단 영역이 되는 업무를 회계직에서 비서직으로 정정하였다. 중앙노동위원회는 차별 지급되는 급여 중 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형 복지비에 대해서는 차별을 인정하였으나, 나머지 부분은 기각하였다. 이에 甲대학 법인은 중앙노동위원회위원장을 상대로 재심판정의 취소를 청구하는 소를 제기하였다.

서울행정법원(제1심)은 비교대상이 되는 근로자들의 비서업무는 상시적으로 필요하며 중요성과 난이도를 가지지만 근로자 A의 업무는 다른 사람으로

대체가능하고, 비교대상 근로자들은 채용절차에서 일정 수준 이상의 영어시험 성적과 전산 등의 자격증을 요구하지만 근로자 A의 채용절차는 그렇지 않다는 점을 들어 급여의 일부 차별을 인정한 중앙노동위원회의 재심판정을 취소하였다.¹⁾

그러나 서울고등법원은 비교대상이 되는 ‘동종 또는 유사한 업무’란 “취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단”하여야 하며, 기간제 및 단시간 근로자와 비교대상 근로자들이 “수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용, 작업조건 등 핵심 요소에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다”고 판시하였다. 즉, 양자의 업무 간에 “현저히 질적 차이”가 인정될 만큼의 특별한 사정이 없는 한, 채용 절차나 부수적인 업무 내용 등에서 다소 차이가 있더라도 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 것이 타당하다”는 것이다. 또한 원고인 甲대학 법인이 주장하는 업무의 중요성과 난이도 차이는 소속 부서의 업무의 양적 차이에서 비롯된 것일 뿐이라 하였다.

그리고 서울고등법원은 채용절차가 동일하지 않음을 이유로 업무의 동질성을 부인한다면 기간제 근로자를 보호하려는 기간제법의 취지에 맞지 않으므로 채용절차의 차이가 합리적인 차별이 되기 위해서는 자격이 해당 업무와 직접적인 관련이 있는 등의 ‘현저한 질적 차이’가 있어야 한다고 판시하였다. 이에 이러한 판단을 종합하여 제1심 서울행정법원의 판결을 취소하였다.

우리 법원은 기간제근로자의 업무와 비교되는 동종 또는 유사한 업무 간의 차별을 인정하기 위한 기준으로 3가지를 제시하는 것으로 보인다. 바로 ‘본질적인 차이’, ‘현저한 질적 차이’, 그리고 ‘현저한 양적·질적 차이’이다. 본질적인 차이는 대법원의 판시에서 많이 보이며²⁾, 현저한 질적 차이와 현저한 양적·질적 차이는 하급심에서는 발견되지만 대법원에서는 찾을 수가 없었다.³⁾

1) 서울행정법원 2016. 6. 3. 선고 2015구합71709 판결.

2) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 등 다수.

3) 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결과 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두 7045 판결은 동일한 사건에 동일한 결론을 내렸음에도 불구하고 고등법원은 ‘현저한

이 3가지 기준의 차이와 그로 인한 효과를 보면, 대법원은 비교대상 업무 간의 본질적인 차이가 없다면 양 업무를 구분할 차별의 합리성을 인정할 수 없다고 한다. 대법원은 업무 간의 ‘질적 차이’를 규정함으로써 양 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있더라도 업무의 유사성을 인정할 수 있는 토대를 마련하였다. 그러나 질적 차이의 유무만을 기준으로 한다면, 양 업무의 범주(category)가 다르다고 판단되는 순간 질적 차이를 인정할 수 있고 이는 합리적 차별로 정당화된다. 즉, ‘본질적 차이’라는 기준은 모든 것이 아니면 아닌 것(all or nothing)식의 판단이어서 질적 차이의 많고 적음을 고려할 수 없다. 몇몇 하급심 판결례에서⁴⁾ ‘현저한 질적 차이’를 제시한 것은 이를 극복하기 위한 것으로 보인다. 양 업무 간의 질적 차이가 존재하더라도 업무 간 차별의 정당성을 인정하기 위해서는 그 차이가 상당함을 요구하는 것이다. 본 사안의 고등법원 역시 양자 간의 업무가 다른 영역이라 하더라도 (질적 차이가 있더라도), 업무와 밀접한 전문자격증을 요하는 등의 현저한 질적 차이가 없다면 양자 간의 업무는 유사성을 가진다고 판단하였다. 그러한 시각에서 채용절차에서 전산자격증과 영어시험 성적 등을 요구하는 것에서 질적 차이가 있을지는 몰라도 그것들이 업무와 큰 상관이 없기에 ‘현저한 질적 차이’는 없는 것이다.⁵⁾

같은 사안에 대해서 제1심인 서울행정법원이 비교할 수 있는 동종 또는 유사한 업무가 없다고 판단한 이유는 현저한 질적인 차이였다 양적 기준을 더하여 ‘현저한 양적·질적 차이’를 판단의 잣대로 삼았기 때문이다. 비교대상 간의 구분 판단이 엄격해질수록 양 업무는 동일한 범주 내로 묶이고 업무의 유사성을 인정받을 수 있다. 따라서 제1심이 판단 기준에 양적 차이를 더한 것은 얼핏 기간제 근로자에게 유리하게 보인다. 그러나 서울고등법원이 판시한 것처럼 업무 간의 양적 차이는 소속기관의 규모와 업무량에 따라 달라진다. 각각의 업무량이 양 근로자 간의 업무를 본질적으로 구분 짓게 하

질적 차이’를, 대법원은 ‘본질적인 차이’를 차별인정의 기준으로 삼았다.

4) 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결 등.
 5) 하급심인 서울행정법원 2016. 6. 3. 선고 2015구합71709 판결이 제시한 채용절차상의 자격 기준에 대해, 채용과정에서 평가되는 능력이 곧 실현될 능력이 아닌 업무와 무관한 잠재된 능력이라면 차별 처우의 기준이 될 수 없다는 견해가 있다. 양승엽(2016), 『기간제법 제8조상 비교대상 근로자의 선정에 대한 법원의 판단기준』, 『월간 노동리뷰』 제139호, 한국노동연구원, pp.98-99.

는 기준이 될 수 있는가를 생각해 보면, 근로계약의 본질은 업무에 상응하는 노동력의 제공이지, 노동량의 달성이 아니다. 가령 두 외과의사의 하루 수술 건수가 크게 차이가 난다하더라도 두 의사의 업무 영역이 다르고 할 수 없다. 따라서 업무의 범주를 구분하기 위한 기준으로서의 ‘양적 차이’는 타당하지 못하다. 그러므로 업무상 차별 여부를 판정하기 위한 기준은 본 판결과 같이 ‘현저한 질적 차이’가 타당하다.

본 판결은 명시하지는 않았지만 대법원의 기존 판단 기준인 ‘본질적 차이’의 한계점을 극복할 수 있는 ‘현저한 질적 차이’를 제시하였다는 점에서 매우 의의가 크다. 이러한 판결례의 축적을 통해 기간제 근로자와 비교 대상 근로자 간의 업무 영역의 동종 또는 유사성을 인정하는 기준으로 ‘본질적 차이’와 동시에 그 차이의 ‘현저성’을 요건으로 정립하는 것이 필요하다.

» 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

근로기준법 균등처우 조항에서의 ‘사회적 신분’의 의미와 ‘비교집단’의 선정

- 서울중앙지방법원 2016. 9. 22. 선고 2015가합528531 판결 -

【판결요지】

1. 6조의 ‘사회적 신분’의 의미

‘사회적 신분’이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미하는 것으로서 원고들과 같은 사무원 등의 지위는 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력발휘에 의하여 변경될 수 없는 계속적·고정적인 성격을 가지는 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 있다.

2. 본질적으로 동일한 비교집단에 해당하는지

다만 법률의 헌법상 평등권 침해 여부를 판단하기 위하여 비교대상자가 ‘본질적으로 동일한 비교집단’에 속해 있는지를 살펴볼 때에 그 비교집단 자체의 내재적 특성이나 직무의 특수성 등 물리적인 성격이나 현실적인 측면만을 고려해서는 안 되고, 비교대상과 관련된 헌법규정 및 당해 법률규정의 의미와 목적에 대한 규범적인 해석도 함께 고려하여야 하는 것(헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2009헌마538 결정 참조)과 마찬가지로 그 비교집단 근로자의 고용형태와 업무의 내용 및 범위·권한·책임뿐만 아니라 해당 처우의 내용과 차별적 처우의 사유로 삼은 사정도 함께 고려함이 상당하다.

기간제 근로자로 입사하여 일하다가 무기계약직 근로자로 전환된 근로자들의 근로조건에 관한 분쟁이 최근 잇따르고 있다. 이들은 기간제 근로자이 있을 때보다 재계약이 되지 않게 될 수 있는 위험성이 없다는 점에서 고용은 안정적이다. 그러나 이들은 임금, 복지후생 등의 근로조건에서 처음부터 정규직(?)으로 입사한 근로자들과 비교해 차별을 받고 있다고 주장하고 있다. 실제로 정규직 전환시의 호봉산정방식에서의 차이(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결, 이하 ‘대법원 사건’), 정규직에 지급되는 수당의 미지급(서울남부지방법원 2016. 6. 10. 선고 2014가합3505 판결, 이하 ‘서울남부지방법원사건’) 등이 문제가 되었다. 이들은 더 이상 기간제 근로자가 아니라

는 이유로 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’) 상의 보호에서는 배제된다. 대안으로 이들은 모두 무기계약직과 같은 고용 형태가 「근로기준법」 균등처우 조항(제6조)에서 금지되는 차별사유인 ‘사회적 신분’에 해당한다고 하면서 자신들에 대한 대우가 이 조항 위반의 차별적 처우라고 주장한다.

이 사건에서도 무기계약직인 원고들의 주장은 이전의 사건들과 유사하다. 원고들은 고용노동부 고용안정센터에서 근무하는 사무원, 구인상담원, 훈련상담원 등으로서 비교대상이 되는 근로자들은 원고들과 같이 무기계약직으로 근무하는 직업상담원들이다. 직업상담원들에게는 상여금, 가족수당, 복지포인트, 성과상여금을 지급하나, 이들과 동종·유사한 업무를 담당하고 있는 원고들에게는 위 수당을 지급하지 않거나 현저히 낮은 액수만을 지급하고 있어, 이와 같이 달리 대우하고 있는 것에 합리적 이유가 없어 「근로기준법」 제6조에 위반된다고 보고, 주위적으로는 임금(예비적으로는 불법행위로 인한 손해배상 또는 부당이득) 지급을 청구하였다.

이 사건에서 법적인 쟁점은 크게 세 가지로 볼 수 있다. 첫째로, 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지 여부이다. 둘째로, 차별적 처우에 대하여 직업상담원이 원고들에 대한 동일한 비교집단이 되는지 여부이다. 셋째로, 직업상담원이 동일한 비교집단이 된다면, 원고들에 대한 차별적 처우에 합리적인 사유가 있는지의 여부이다.

첫 번째 쟁점에 대하여 이 사건 법원은 서두에서 인용된 법리를 제시하면서 원고들의 사무원 등의 지위가 근로자 자신의 능력발휘에 의하여 변경할 수 없는 계속적·고정적인 성격을 가지는 사회적 신분에 해당한다고 보았다. 첫 번째 쟁점에 대한 이 사건 법원의 판단은 인용 법리와 이와 같은 결론을 합하여 단 두 문장으로 이루어져 이 쟁점이 갖는 무게가 반영되지 않았다. 참고로 위의 대법원 사건에서 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지에 대해서는 판단을 회피하였지만, 서울남부지방법원사건에서는 이러한 고용형태가 이 사건 법원의 판단과 비슷한 취지에서 사회적 신분에 해당한다고 보았다. 이와 같은 판단에는 서울남부지방법원사건과 대상판결의 사건 모두에서 무기계약직은 기간제와 달리 근로계약 자체가 계속적·장기적일 수밖에 없고, 직군으로 구별되어 있으며 다른 직군으로 전환이 어려운 점이 반영된 것으로 보인다.

두 번째와 세 번째의 법적 쟁점에 대해서 이 사건 법원은 직업상당원이 동일한 비교집단이 아니며, 합리적인 이유 없는 차별적 처우에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그런데 법원은 두 번째와 세 번째 쟁점 각각을 구별하여 판단하지 않고, 한 문장으로 이와 같은 결론을 내리면서 근거 또한 양자를 구별하지 않은 채 여섯 가지를 제시하였다. 이 두 쟁점은 원래 구별되며, 두 번째 쟁점과 관련하여 동일한 비교집단으로 인정되지 않으면 세 번째 법적 쟁점을 판단할 필요가 없기 때문에 두 번째 법적 쟁점은 세 번째 쟁점의 판단을 위해서 사전에 이루어져야 하는 선행판단이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 이를 구별하여 단계적으로 판단하지 않은 것은 이 사건에서 법원이 두 번째, 세 번째 쟁점의 법리를 혼용하였기 때문으로 보인다. 이 사건에서 법원은 어떤 집단이 「근로기준법」 제6조의 차별대우에 해당 하는지를 판단하기 위한 판례법리를 서두에서 인용된 바와 같이 제시하였다. 그런데 이 판례법리는 기간제법에서 차별적 처우가 정당화되는 ‘합리적인 이유’의 의미에 관한 판례법리와 유사하다. 대법원은 기간제법에서 차별적 처우와 관련하여 합리적인 이유가 있는지는 “개별사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 근로자의 고용형태, 업무내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.”(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결)고 판시하였다. 이 법리와 서두의 인용법리의 짧은 글씨 부분은 고려요소의 순서만 바뀌었을 뿐 거의 동일하다. 이 사건 법원은 판결문에서 기간제법의 합리적 사유에 관한 이 판단법리를 「근로기준법」 제6조 균등처우 조항의 합리적 이유에 관한 법리로서 그대로 인용하면서, 동시에 이 판단법리와 유사한 비교집단 판단법리를 제시하였다. 이러한 사정으로 두 판단법리는 이 사건 법원의 입장에서는 유사해져, 양 쟁점을 나누어 판단할 필요가 없게 되었다.

여기에 더욱 더 이해하기 어려운 것은 ‘합리적 이유’에 대한 판단에서는 기간제법상의 법리를 인용하였으면서도, 기간제법상의 ‘동종 또는 유사한 업무’에 대한 판단법리로서 위 ‘합리적 이유’에 대한 판단법리가 제시된 판례에서 대법원이 제시한 판례법리는 전혀 인용하지 않았다는 점이다. 대법원은 이 판례에서 “비교 대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제 근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근

로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 할 것이다.”고 판시한 바 있다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결). 기간제법상에서는 비교집단에 관한 판례법리와 ‘합리적 이유’에 관한 법리가 구별되며 전자가 후자의 선행 판단으로 명확하게 존재한다. 이 사건 법원은 전자의 법리는 전혀 제시하거나 언급하지 않은 채, 후자의 법리를 「근로기준법」 제6조의 비교집단에 관한 판단법리로 변용하였으며, 동시에 후자의 법리 또한 「근로기준법」 제6조상 차별적 처우의 ‘합리적 이유’의 판단법리로 그대로 차용한 것이다.

이 사건 법원은 서두에서 인용한 판례법리를 적용하여 이 법리의 고려요소의 측면에서 원고들과 비교대상자로 지목된 직업상담원을 구체적으로 판단하였다. 그 결과 이 사건 법원은 업무의 내용과 범위, 자격기준 및 채용절차, 평정절차, 승진체계의 유무 등에서 직업상담원과 원고들은 서로 다르다고 보았다. 그런데 이 사건 법원이 배척한, 기간제법상의 ‘동종 또는 유사한 업무’에 관한 판단법리를 이 사건 사실관계에 적용하면 고려요소가 달라질 뿐만 아니라 그 결과 또한 달라질 수 있다. 기간제법상의 판례법리는 비교대상자 집단인지 여부를 판단할 때 업무의 동일성(혹은 유사성)을 고려하기 때문에 이 사건 법원이 고려요소로 삼은 채용절차, 평정절차, 승진체계의 유무는 고려할 필요가 없다. 그렇다면 이 사건 법원이 실제로 사용한 고려요소 중 ‘업무의 내용과 범위’의 고려요소만이 검토되었어야 한다. 예를 들어 앞의 서울남부지방법원 사건에서 법원은 업무의 동일성(혹은 유사성)을 주로 검토하면서, 비교집단과 채용절차나 직급 승진 가능성에서의 차이에도 불구하고 “채용절차나 방법, 부서장 보직 부여 및 직급 승진 가능성 등에 있어서 차이가 있을 뿐 담당하는 업무의 내용, 업무의 양이나 난이도, 피고에 대한 기여도 등에서 차이가 있다고 볼 수 없다”고 판단하였다.

또한 ‘업무의 내용과 범위’를 고려할 때도 기간제법상의 판례법리는 “취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무”를 기준으로 판단하여야 한다고 본다. 그런데 이 사건 법원이 제시하였던 근거 중 ‘업무의 내용과 범위’를 보면 실제의 업무가 아닌 규정

상의 업무를 주로 하여 판단하였음을 알 수 있다. 이 고용센터 비공무원의 직종 통합 방안을 연구한, 고용노동부의 2014년 용역 보고서에 따르면, 사무원 중 15%, 구인상담원 중 43%가 비교대상자인 직업상담원이 주로 담당하는 업무를 수행하고 있다.¹⁾ 그래서 이 보고서는 “내부 지침상으로는 비공무원 직종에 따라 고유업무 중심으로 업무분장 및 배치하게 되어 있으나, 실제로는 운영상 직종 관계없이 배치하여 활용하는 경우가 나타”나고 있고, “특히 사무원 & 구인상담원과 직업상담원 직종 간 업무 혼재 현상이 다수 발생하고” 있다고 평가하고 있다.²⁾ 사정이 이러함에도 불구하고 이 사건 법원은 원고들의 실제 수행 업무를 파악하여 이 업무가 규정상의 업무와 실제의 업무가 차이가 있는지, 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있더라도 주된 업무의 본질적인 차이가 없는지를 전혀 판단하지 않았다.

동일한 비교집단으로 인정되더라도 이 사건 원고들과 비교대상자인 직업상담원들은 비교집단인지를 판단할 때 배제되어야 하는 요소가 차별적 처우의 합리적인 이유가 있는지를 판단하는 데 결국 고려되어야 하기 때문에 결론에서 차이가 없다고 주장할 수 있다. 구체적으로 권한 및 책임이 다르고, 자격기준 및 채용절차가 다르기 때문에 차별에 합리적인 이유가 있어 결론은 달라지지 않는다고 주장할 수 있는 것이다. 그러나 동일한 비교집단에 해당하지 않는다고 하는 것과 합리적인 이유가 있어 차별적 처우가 정당화된다고 하는 것은 실제상으로는 큰 차이가 있다. 전자로 되면 제6조의 적용이 원칙적으로 배제되지만, 후자로 되면 최소한 부분적으로는 합리적인 이유가 인정되지 않은 ‘근로조건의 차이’가 있을 수 있다. 왜냐하면 기간제법상의 판례법리에 따라 “달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우” 합리적인 이유가 있지 않은 것으로 볼 수 있기 때문이다. 예를 들어 기간제법에 대한 판례에서 장기근속을 장려하거나 장기근속을 전제로 한 평가와 관련된 수당을 기간제 근로자에게 미지급한 것은 합리적 이유가 있으나 중식대나 통근비와 같이 장기근속과 무관한 금품에 대해서는 달리 처우하여야 할 합리적 이유가 없다고 본다(대법원 2012.

1) 주용석·박인호·박진영·김형아(2014), 『고용센터 비공무원 인력운용 실태 및 직종 통합 방안 연구』, 고용노동부 학술연구용역 보고서, pp.44-45.
 2) 위의 보고서, p.48.

10. 25. 선고 2011두7045 판결). 이 사건에서도 이와 유사한 방식으로 상여금, 가족수당, 복지포인트, 성과상여금 중에서 권한 및 책임 혹은 자격기준 등의 차이를 반영하는 것이 타당한 금품과 그렇지 않은 금품을 구체적인 금품의 성격을 파악하여 구별할 수도 있고, 차이를 반영하는 것이라도 그 정도가 지나치게 큰 경우가 있는지도 검토할 수 있기 때문이다.

이 사건 법원이 기간제법상의 비교집단에 관한 법리는 배제한 채 차별의 ‘합리적 사유’에 대한 판단법리를 6조에서의 비교집단의 법리에 혼용한 것은 법리를 오해한 것이다. 그런데 이 사건 법원이 이렇게 법리를 오해하게 된 것에는 위 대법원 사건에서의 대법원의 판단법리가 잘못되었던 점이 기본적으로 작용했다. 대법원 사건에서 대법원은 기간제법상의 비교대상에 관한 법리를 전혀 고려하지 않는 별도의 법리(서두의 인용법리에서 굵은 글씨를 제외한 부분)를 제시하였다. 차별의 사유만 달리할 뿐 기간제법과 「근로기준법」이 모두 근로관계에서의 평등권과 근로권의 실현을 위한 것임을 감안하면, 차별과 관련하여 비교집단에 대한 판단법리가 달라질 이유가 없는 데도 대법원은 기간제법상의 판례법리를 전혀 고려하지 않았다. 더 나아가 대법원은 이 법리를 사실관계에 적용하면서, 기간제법상에서는 비교집단인지를 판단할 때 고려요소가 되지 않는 ‘임용경로상의 차이’를 비교집단이 아니라는 논거로 제시하였다. 이 사건 법원이 동일한 비교집단인지를 판단할 때 주요한 고려요소로 삼은 ‘자격기준 및 채용절차의 차이’는 대법원사건에서 대법원이 고려한 ‘임용경로상의 차이’와 유사한 점을 보면, 이 사건 법원은 이와 같은 대법원의 판단방식을 그대로 따랐을 것으로 보인다.

이상에서 본 바와 같이 「근로기준법」의 균등처우 조항은 그 의미와 방향이 법원의 해석에 의해 발전하고 있다기보다는 표류하고 있다. 이렇게 된 데에는 이 조항이 그 이름에 걸맞은 역할을 수행하기 어렵게 되어 있는 점을 지적하지 않을 수 없다. 현재의 균등처우 조항은 금지되는 차별사유가 성, 국적, 신앙, 사회적 신분으로 너무 협소하며, 더구나 성과 관련해서는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에 의해 사실상 규율되기 때문에 이 조항이 고용관계에서의 일반적 평등대우 조항이라고 보는 것은 참으로 무색하기 그지없다. 앞으로 대법원이 무기계약직과 같은 고용형태를 ‘사회적 신분’으로 볼 수 있다고 확정적으로 해석한다고 하더라도³⁾ 여전히 다양한 사유에 의한 차별이 이 조항에 의해 규율되지 못하는 점은 큰 문제이

다. 고용형태, 장애, 연령 등의 사유를 이유로 한 차별을 금지하는 법률이 제정되어 있고, 일반적 차별금지법의 제정도 제안되어 있는 시점에서 균등처우 조항은 1953년 「근로기준법」을 제정할 때와 동일한 모습으로 있다.⁴⁾ 그런데도 역설적으로 제정할 때는 전혀 상정하기 어려웠을 무기계약직이라는 고용형태가 ‘사회적 신분’에 해당한다고 볼 만큼 근로자 개인의 고용형태는 변동불가능하며, 차별은 만연하고 장기적인 것은 아닐까? 포괄 사유의 확대, 동등노동에 대한 동등대우 등을 반영하는 입법적인 개선이 시급하다고 본다.

» 심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

3) 현재 평석대상 사건은 서울고등법원에 계류 중이며(사건번호 2016나2070186), 무기계약직 고용형태를 사회적 신분으로 인정한 서울남부지방법원 사건도 서울고등법원에 계류 중이다(사건번호 2016나2044835 판결).

4) 1953. 5. 10. 최초로 제정되고 1953. 8. 9. 시행된 「근로기준법」 제5조에서는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”고 하여 현재와 사실상 동일하다. 차이가 있는 것은 ‘남녀’가 ‘남녀의 성을 이유로’ 바뀌었을 뿐이다.

축탁계약직의 총 사용기간 2년을 초과하는 갱신기대권

- 서울행정법원 2016. 10. 20. 선고 2015구합71068 판결 -

【판결요지】

기간제법 시행 이후에도 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 경우에는 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 인정할 수 있고, 기간제법이 시행되었다고 하여 그 이후에 신규로 채용된 기간제근로자에게는 재계약이 체결될 수 있으리라는 정당한 기대권이 부정된다거나 총 사용기간이 2년을 넘지 않는 한도 내에서만 인정된다고 볼 것은 아니다.

원고(H자동차)는 총 사용기간을 2년 이내로 정하여 축탁계약직을 도입하였고 실제로 축탁계약직 근로자가 2년을 초과하여 근무하거나 정규직으로 전환된 사례는 한 건도 없으며 참가인(근로자) 역시 축탁계약직의 최대 갱신기간이 2년임을 충분히 인식하고 있었다는 점 등을 종합하면, 참가인에게는 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다.

기간제고용에서 갱신기대권 내지 전환기대권을 다투는 사안에서는 사실관계가 매우 중요하다. 근로자 을은 2013년 2월 축탁계약직으로 H자동차에 입사해 짧게는 2주일에서 길게는 6개월 단위로 총 14회에 걸쳐 근로계약을 갱신(총 15회 근로계약 체결)하면서 울산공장에서 자동차 쇼바와 배터리, 백시트를 장착하는 업무에 종사하였다. 을이 마지막으로 체결한 근로계약서의 계약기간은 2014. 11. 29부터 2015. 1. 31까지로 되어 있었고, H자동차는 2015. 1. 20. 을에게 “오는 1월 31일자로 근로계약이 만료돼 근로관계가 종료된다”고 구두로 통보하였다. 15번째 근로계약에서 정한 기간이 종료되고 H자동차가 계약갱신을 거절하자, 을은 H자동차의 갱신거절은 부당해고라고 주장하며 부산지방노동위원회에 구제를 신청하였으나 기각되었고, 중앙노동위원회는 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정됨에도 불구하고 합리적 이유 없이 갱신을 거절한 것이므로 부당해고에 해당한다고 판정하였다. 이에 H자동

차는 행정법원에 재심판정 취소의 소를 제기하였다.

대상판결의 첫 번째 쟁점은 기간제법 시행 이후 총 사용기간 2년을 초과하여 계속 고용될 수 있다는 갱신기대권의 인정 여부이다. 일부 하급심판결에서 “기간제법 제4조의 입법취지 및 기간제법이 기간제근로자의 총 사용기간을 원칙적으로 2년으로 제한할 뿐 다른 나라의 입법례처럼 기간제 근로계약의 갱신에 정당한 객관적 사유의 존재를 요구하거나 기간제 근로계약의 반복적 체결이 가능한 횟수를 제한하고 있지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 기간제법 시행 이후에는 사용자는 원칙적으로 기간제 근로계약을 2년의 기간 내에서 계약기간을 자유롭게 정할 수 있음은 물론 동일한 내용으로 반복하여 체결할 수도 있지만 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 해당 기간제 근로자에게 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로서의 지위가 인정되므로, 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 근로계약 갱신의 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다”고 해석하기도 한다(서울고등법원 2012. 2. 16 선고 2011누29990 판결 등).

그러나 기간제근로자 보호를 목적으로 하는 기간제법 시행을 이유로 갱신기대권이 부정된다면 기간제근로자 보호라는 입법목적에 반한다는 점, 갱신기대권은 계약체결 동기·갱신사유·갱신회수·노사관행 등을 종합하여 근로관계에서 형성되는 것이고, 총 계약기간이 2년을 넘으면 무기계약근로자로 간주되는 것은 기간제법에 따라 강제되는 것으로 그 인정근거가 다른 점, 기간제법의 입법취지에서 총 근로기간 2년이 되면 근로관계를 종료하는 것이 당연히 예정되었다고 볼 수 없다는 점 등을 이유로 기간제법 시행 이후에도 갱신기대권이 인정된다는 판결과 학설이 다수이다. 대상판결도 기간제법 시행 이후에도 판례법리에 따라 요건이 충족되면 2년을 초과하여 계약이 갱신될 수 있다는 갱신기대권을 인정하였다. 최근 대법원은 기간제법 시행 이후 맺은 기간제 근로계약도 ‘기간제법의 규정들에 의하여 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것이 아니다’고 확인하였다.¹⁾

두 번째 쟁점은 총 사용기간 2년을 초과하는 갱신기대권이 인정되더라도 구체적 근로관계에서 갱신기대권이 형성되었는지 여부이다. 대상판결은 법

1) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결.

원이 정립한 판단기준에 따라 사실관계를 종합적으로 검토한 다음 을에게는 갱신기대권이 인정될 수 없다고 판단하였다. 즉 ① 촉탁계약직 근로계약서나 회사 취업규칙 어디에도 계약기간 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있지 않고, 오히려 계약직 직원 취업규칙은 기간의 정함이 있는 고용계약이 만료됐을 때는 당연퇴직 사유로 규정하고 있는 점, ② 참가인이 입사 이후 짧게는 2주일에서 길게는 6개월 단위로 총 14회에 걸쳐 근로계약을 반복하여 갱신하여 왔으나, 참가인과 같은 촉탁계약직은 당초 업무공백 사유(전출, 사직, 휴직 등)가 해소되는 경우 근로관계가 종료되는 것이 예정되어 있고 실제로도 그러했다는 점, ③ 촉탁계약직의 업무(자동차 쇼바·배터리·백시트 장착)가 상시적·계속적으로 필요한 업무에 해당하지만, 당해 업무는 하청업체 근로자들을 정규직으로 전환 채용하는 과정에서 신규 교육훈련 등으로 일시적인 공백이 생기는 경우나 휴직·정직 등으로 공백이 생기는 경우에 정규직 직원이 충원될 때까지 공백을 메우기 위해 한시적으로 필요한 것인바, 참가인이 수행한 업무 자체가 상시적이고 계속적이라는 이유만으로 참가인 자신이 이들 업무를 2년을 초과하여서까지 계속하여 수행할 것에 대하여 정당한 기대를 가진다고 보기는 어려운 점, ④ 촉탁계약직 사원 모집공고문에 ‘필요시 근로계약 연장이 가능하다’는 문구가 포함되어 있으나, 이는 채용지원을 유도하기 위한 청약의 유인에 불과하여 근로계약의 내용으로 삼을 수 없고, 설령 근로계약의 내용에 포함된다고 보더라도 원고에게 재계약의무를 부담지운 것은 아닌 점, ⑤ 촉탁계약직 근로자의 경우 출석, 결근 등의 근태관리만이 이루어졌고, 계속적 고용관계를 전제로 하는 인사평가 제도가 실시되거나 그러한 결과가 근로계약 갱신에 반영된 적도 없는 점, ⑥ 원고는 총 사용기간을 2년 이내로 정하여 촉탁계약직을 도입하였고 실제로 촉탁계약직 근로자가 2년을 초과하여 근무하거나 정규직으로 전환된 사례는 한 건도 없으며 참가인 역시 촉탁계약직의 최대 갱신기간이 2년임을 충분히 인식하고 있었다는 점 등을 종합하면, 참가인에게는 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다는 것이다. 결론적으로 대상판결은 사실관계를 통해 촉탁계약직은 전출, 사직, 휴직 등의 사유로 결원이 발생한 경우 해당 직원이 복귀하기 전까지 임시로 채용되어 대체인력으로 투입하였고, 촉탁직을 정규직으로 전환한 경우가 없다는 H자동차의 주장을 그대로

인정하였다.

하지만 모집공고에서는 ‘필요시 근로계약 연장이 가능’하다고 명시하면서 촉탁계약직의 총 사용기간은 2년 이내라는 점을 근로계약 체결 시 통보하거나 서면 등으로 제시하지 않은 점, 촉탁계약직의 업무 자체가 상시적·계속적으로 필요한 업무이면서 무려 14회의 갱신이 있었다는 점 등 갱신기대권을 인정할 수 있는 요소도 상당히 존재한다(중노위가 인정한 사실). 그리고 대상판결은 인사평가제도가 실시되지 않았다는 점을 갱신기대권 부정의 이유로 보았으나, 갱신기대권은 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계를 바탕으로 인정되는 것으로 인사평가제도와는 직접적인 관련성이 없다. 또한 을이 촉탁계약직의 최대 갱신기간이 2년임을 충분히 인식하고 있었다는 점을 들고 있지만, H자동차가 이를 명시한 바가 없고, 오히려 종사하는 업무가 계속되는 경우 근로자는 성실히 근무하면 근로계약이 갱신되고 연장될 수 있으리라 기대를 갖는 것이 보다 현실적인 의사해석이라는 점 등을 고려할 때 대상판결에 선뜻 동의하기 어려운 점도 있다.

대상판결은 H자동차로서는 사내하도급 근로자의 지위확인소송에 이은 비정규직 제2라운드 소송이다. H자동차의 사내하도급이 파견으로 판명되고, 불법파견에 대하여 구 파견법의 직접고용간주 규정이 적용되는지 여부가 다투어지듯,²⁾ 대상사건은 이른바 ‘쫓개기 계약’에 대한 정당성 내지 기간제 남용에 관한 다툼으로 법원이 최종적으로 어떠한 판단을 내릴지 주목된다.

» 노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

2) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

파견차별시정에 사용사업주의 연대책임과 배액 배상

- 서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결 -

【판결요지】

사용사업주의 근로자(비교대상근로자)에게는 연 400%의 상여금을 지급하는 것과 달리 파견근로자들에게는 연 200%의 상여금을 지급한 사건에서 ① 파견근로관계에서 파견사업주뿐만 아니라 사용사업주도 파견근로자에게 임금 지급에 관한 차별시정신청의 피신청인 적격을 인정하고, ② 상여금 지급도 차별금지영역에 해당하고, ③ 정규직에게는 일률적으로 지급하면서도 파견근로자에게는 달리 적게 지급하는 것은 차별적 처우에 합리적인 이유가 없어 금지되는 차별이며, ④ 중노위가 파견근로자들에게 발생한 손해액의 2배에 해당하는 금전배상금의 지급을 명한 것은 정당하므로, 중노위가 사용사업주에게 2배 배상의 연대책임을 명한 것이 적법하다고 판단한 판결이다.

파견근로자들 8명은 2012년 4월부터 2015년 1월 동안 파견사업주들로부터 모베이스 회사(사용사업주)에 파견되어 휴대폰부품 제조업무에 근로하면서 사용사업주에 고용된 일반근로자에 비해 상여금을 적게 지급받았으며 노동위원회에 차별적 처우의 시정을 신청하였다. 중앙노동위원회는 파견근로자의 상여금을 고의로 반복하여 차별한 것에 대해 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 손해액의 2배를 지급하라고 시정명령을 하였다(중노위 2015. 6. 30. 판정 중앙2015차별3-11 병합). 사업주들이 불복하여 제기한 행정소송에서 행정법원도 중노위의 재심판정의 대부분을 인정하였다.

이 판결을 대상판결로 하여 파견근로관계에서의 차별시정제도에 대해 살펴보고자 한다. 대상판결의 사건에서 중노위는 ① 사용사업주도 파견사업주에 연대하여 시정의무의 책임을 부과하였고, ② 3배 배상 제도를 활용하기 시작하여 이 사건에서 2배 배상을 명령하였는데, 대상판결은 이를 적법하다고 인정하였다. 사용사업주의 연대책임과 3배 배상 제도는 파견차별시정절차의 활용을 높이는 계기가 될 것으로 예상되므로, 이 사건의 중노위 판결과 대상판결이 주목된다.

1. 파견사업주와 사용자사업주의 연대책임

파견법 제21조에 따르면, 파견사업주와 사용자사업주 양자 모두 금지규정의 수범자이다. 한편 파견법 제34조는 근기법상의 사용자로서의 책임에 대해, 임금·연차휴가 등에 관한 사항은 파견사업주가, 근로시간과 휴게·휴일의 부여 등은 사용자사업주가 사용자로서 책임을 부담한다고 규정한다. 그래서 노동위원회의 실무는, 차별금지의 시정책임도 파견사업주와 사용자사업주 각각 사용자로서의 책임영역에 따라 책임을 부담하여야 한다고 해석되어 왔다. 즉 사용자사업주는 임금차별의 시정명령을 이행할 책임을 지지 않으므로 시정절차의 피신청인이 되지 않는다고 보았다.

이러한 종래의 해석은 차별시정제도의 실효성에 큰 문제점이 발생한다고 학계로부터 비판을 받았다. 사용자사업주가 실질적으로 임금차별을 시정할 수 있는 경제력을 가지고 있으며, 영세한 파견사업주가 노동위원회의 차별시정 명령이 확정되기 전에 폐업하는 경우도 많아, 파견사업주에게만 내린 구제 명령은 실효성이 없을 수 있다.

그리하여 대법판결의 사건에서 중노위는 사용자사업주의 연대책임을 인정하는 것으로 실무상의 해석을 변경하였다. 중노위는 “사용사업주와 파견사업주 모두에게 차별적 처우의 금지 및 시정의무가 부여되어 있는 점, 사용자사업주가 차별행위가 있음을 충분히 알 수 있었던 점, 파견사업주들이 파견근로자들의 근로조건을 독립적·자율적으로 정할 수 없었던 점 등에 비추어 사용자사업주와 파견사업주들 모두에게 당사자 적격이 인정된다.”고 판정했다.

행정법원도 임금 등 파견사업주에게 1차적 책임이 인정되는 영역에 있어 사용자사업주에게도 차별시정신청의 피신청인 적격이 인정된다고 판시했다. 또한 임금차별의 귀책사유가 사용자사업주 또는 파견사업주 중 한쪽에 있는 경우에는 그에게만 시정의무 및 배상의무를 부담하도록 하여야 할 것이나, 양쪽 모두에 있는 경우 사용자사업주와 파견사업주가 연대하여 책임을 부담하도록 하여야 할 것이라고 판시했다.

2. 차별금지영역

대상판결 사건에서 사용사업주의 근로자들은 기본급의 400%를 상여금으로 지급받았지만 파견근로자들은 파견사업주로부터 기본급의 200%를 상여금으로 지급받았다. 중노위 및 대상판결은 상여금의 과소지급은 차별처우의 금지영역에 해당된다고 판단했다.

과거에는 명백하게 임금에 해당되는 경우가 아닌 여러 처우들의 경우에는, 그것이 차별금지영역에 해당되는지의 논란이 계속되었다. 그리하여 2013년 개정 파견법 및 개정 기간제법은, 근로자에게 합리적인 이유 없이 불리한 처우를 할 수 없는 영역을 “임금, 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, 경영성과에 따른 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항”으로 구체화·세분화하여 법률에 명시함으로써, 상여금, 성과금 및 복리후생 등에 있어서 비정규직 차별을 개선하였다(파견법 제2조 제7호, 기간제법 제2조 제3호).

한편 대상판결 사건에서는 연차휴가를 사용하지 못한 경우 지급하는 연차휴가수당이 차별금지영역에 해당되는지도 다투어졌다. 파견근로자들은 연차휴가를 사용하지 못하였고, 사용하지 못한 연차휴가를 보상하는 연차휴가수당을 지급받지 못하였다. 중노위는 연차휴가수당이 차별금지영역인 ‘그 밖에 근로조건’에 해당된다고 보았다. 행정법원도 연차휴가수당이 ‘임금 그 밖의 근로조건’에 해당한다고 보았지만, 이 사건에서 차별로 제기한 것은 근로기준법상 지급하여야 할 의무가 있는 연차휴가수당의 미지급이므로, 파견법 및 기간제법이 규정한 차별처우 금지영역에 해당하지 아니한다고 보았다.

그러나 연차휴가수당도 근로조건이므로 차별금지영역에 해당한다고 보아야 한다. 다만 대상판결의 사건의 경우 사용사업주와 파견사업주 사이에 체결한 근로자파견계약은 파견당가에 연차휴가수당을 계산하여 포함시키고 있으므로, 연차휴가수당을 미지급한 차별의 책임은 사용사업주에게는 없고 파견사업주에게만 있다고 판단하는 것이 타당하다.

3. 합리적 이유 없는 차별

파견법은 합리적인 이유가 없는 차별적 처우를 금지한다. 대상판결 사건에서 사용사업주의 연 400%의 상여금은 취업규칙상으로는 경영실적 및 개인평가에 따라 개인성과 및 평가항목에 준하여 지급대상자를 선정하여 지급하도록 되어 있지만, 실제로는 사용사업주 소속 정규직 근로자들에게 채용 조건, 근무성적, 근속연수, 업무의 난이도, 업무량, 근로자의 권한과 책임 범위 등을 불문하고 일률적으로 지급되었다. 따라서 중노위 및 행정법원은 비교대상근로자에게는 연 400%의 상여금을 지급하면서 파견근로자들에게 연 200%의 상여금만을 지급한 것은 위 파견근로자들을 합리적 이유 없이 불리하게 처우하는 것이라고 판단했다.

4. 배액 배상명령

노동위원회는 문제된 차별을 개선하는 데 필요하고 적절하다고 인정되는 조치를 재량적으로 선택할 수 있다. 또한 배상명령에서 배상액은 사용자의 차별에 ‘명백한 고의’가 인정되거나 차별이 ‘반복’되는 경우에는 손해액의 3배까지의 배상을 허용한다.

대상판결의 사건에서 중노위는 수년간 다수의 파견근로자들에게 지속적으로 차별적 처우를 행한 것은 고의성이 명백한 반복적인 차별에 해당하므로, 차별적 처우로 인해 발생한 손해의 2배액을 금전배상금으로 지급하라고 판정했다. 행정법원도 같은 취지로 판시했다. 사용사업주는 파견사업주들에게 사용사업주 소속 정규직 근로자의 임금 등 근로조건에 관하여 6개월의 근무기간에 상응하는 정보만을 제공하였다. 실제로는 파견기간이 6개월을 초과하여도, 6개월 미만의 정규직 근로자의 근로조건(연 200% 상여금)을 전제로 근로자파견계약을 반복 체결하여, 파견근로자에게 연 200%만이 지급되게 하였다. 따라서 차별적 처우에 대한 명백한 고의가 있고, 차별적 처우가 최소 6개월에서 최대 2년 8개월의 장기간 동안 계속되었으므로 차별적 처우가 반복된 경우에 해당한다.

대상판결의 사건의 중노위 판정은, 2014년에 기간제법 및 파견법에 배액

금전배상 명령제도가 도입되어 시행된 이후, 최초로 이를 적용한 사례이다. 3배까지 배액이 가능한데 중노위가 2배 배상에 그친 이유는, 이 사건 이전에 파견근로자들이 문제를 제기하거나 관계기관으로부터 시정명령을 받은 사실이 없어서 사용자들이 차별적 처우의 고의성에 대한 인식이 다소 미흡했을 것으로 볼 수도 있다는 점을 정상참작했기 때문이다.

» 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

정규직과 계약직의 근로조건 체계가 상이한 경우의 취업규칙 불이익변경에 대한 동의방법

- 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합511776 판결 -

【판결요지】

(1) 노동조합법 제35조(일반적 구속력)에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키며, 단체협약 등의 규정에 의하여 조합원의 자격이 없는 자는 단체협약의 적용이 예상된다고 할 수 없어 단체협약의 일반적 구속력이 미치는 동종의 근로자라고 할 수 없다(대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다 63599 판결 등 참조).

(2) 여러 근로자집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자집단을 포함한 근로자집단이 동의주체가 되나(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두 2238 판결), 이는 어디까지나 여러 근로자집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있을 것을 전제로 한 법리일 뿐이고, 서로 다른 근로조건 체계 내에 있는 여러 근로자집단의 경우에는 위 법리가 그대로 적용될 수 없다.

(3) 이 사건 임금피크제 지침은 관리지원계약직들의 근로조건을 불이익하게 변경하는 것이어서 이들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 있어야 함에도 피고는 그와 같은 절차를 거치지 아니하였으므로, 이 사건 지침은 근로기준법 제94조 제1항 단서에 위반하여 관리지원계약직 근로자들인 원고들에 대하여는 그 효력을 인정할 수 없다.

피고 신한은행의 직원 및 인력은 일반직, RS직, 관리전담계약직, 관리지원 계약직, 계약직 등으로 구성되어 있고, 원고들은 이 중 관리지원계약직¹⁾ 근로

1) ‘관리지원계약직’이란 피고에서 근무하던 4급 직원(1967. 12. 31. 이전 출생자) 중 재취업을 조건으로 명예퇴직한 후 특별채용 절차로 재입사한 기간의 정함이 없는 계약직 근로

로자이다.

피고는 2015. 9. 7. 전국금융산업노동조합 신한은행지부(이하, '이 사건 노동조합')²⁾와, 피고 소속 근로자들 중 원고들과 같은 관리지원계약직이 포함된 일부 직종 근로자들에 대하여 정년 도달 5년 전부터 임금을 순차삭감하여 지급하는 -즉, 근로자들에게 불이익한- 내용의 임금피크제를 2016. 1. 1.부터 시행하기로 합의하고 합의를 체결하였다(이하, '선행합의').

그 후 피고는 2015. 12. 31. 이 사건 노동조합과 2015년도 단체협약에 관한 신한은행지부 보충협약(이하, '이 사건 보충협약')을 체결하면서 선행합의에서 정한 임금피크제에 관한 내용을 보충협약에 편입하였다. 그런데 보충협약은 그 적용범위와 관련하여 '본 보충협약은 은행과 지부 및 조합원에게 적용한다. 다만, 근로조건에 관한 조항은 정규직 종업원에게 적용한다'라는 규정을 두고 있고, 조합원의 범위에 대해서도 '피고의 정규직원으로 하며 조합 가입 대상자는 입행과 동시에 조합원이 된다'라고 명시하고 있다.³⁾

피고는 2016. 1. 1. 위와 같이 합의한 임금피크제를 시행하기 위하여 '임금피크제 운용지침'(이하, '이 사건 지침')을 제정하여 관리지원계약직들에게도 이를 적용하였고, 이로 인해 적용요건에 해당하는 관리지원계약직들은 삭감된 임금을 지급받게 되었다. 이에 관리지원계약직들은 이 사건 지침의 제정은 취업규칙의 불이익변경으로서 자신들의 동의를 받아야 함에도 그러하지 않아 무효라고 주장하면서 이 사건 지침의 무효 확인 및 삭감된 임금의 반환 등을 청구하는 이 사건 소송을 제기하였다.

이에 대해 피고는 관리지원계약직에 대한 임금피크제 시행을 위해 다음과

자로서 이들은 명예퇴직 전에 지급받던 연봉을 40% 이상 감액한 수준의 연봉을 지급받고 있으며, 이들에 대한 인사관리와 근로조건 등은 피고의 관리지원계약인력 운용지침에서 정하고 있었다.

- 2) 이 사건 노동조합의 지부운영규정은 '조합원은 노동조합법 제2조의 규정에 의한 신한은행의 사용자를 제외한 종업원으로서 별도의 가입절차 없이 입사와 동시에 조합원이 된다'고 규정하여 조합원의 범위를 정규직 근로자로 제한하고 있지는 않았다.
- 3) 이 규정의 효력과 관련하여 재판부는 다음의 판례를 인용하였다. "단체협약에서 노사간의 상호 협의에 의하여 규약상 노동조합의 조직대상이 되는 근로자의 범위와는 별도로 조합원이 될 수 없는 자를 특별히 규정함으로써 일정 범위의 근로자들에 대하여 위 단체협약의 적용을 배제하고자 하는 취지의 규정을 둔 경우에는, 비록 이러한 규정이 노동조합 규약에 정해진 조합원의 범위에 관한 규정과 배치된다 하더라도 무효라고 볼 수 없다"(대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다5142 판결 등 참조).

같이 두 가지 측면에서 임금피크제 시행의 적법성을 주장하였다. ① 하나는 임금피크제 실시가 규정된 선행합의는 단체협약으로서 노동조합법 제35조의 일반적 구속력에 의해 원고들에게 적용되므로 취업규칙인 이 사건 지침에 대한 원고들의 동의 유무와 관계없이 임금피크제를 시행할 수 있다(즉, 이 사건 지침의 무효여부는 임금피크제 시행에 영향이 없으므로 그 무효를 확인할 소의 이익이 없다)는 주장이다(이하, ‘① 쟁점’). 다른 주장은 (설령 그렇지 않다 하더라도) 이 사건 지침은 피고 소속 전체 근로자의 과반수를 대표하는 이 사건 노동조합의 동의에 의하여 적법하게 제정되었다는 것이다(이하, ‘② 쟁점’).

① 쟁점과 관련하여 재판부는 다음과 같은 사실에 주목한다. 즉, 선행합의에서는 임금피크제 시행의 세부 사항을 향후 노사가 성실히 협의하기로 규정하였고, 그 후 보충협약이 체결되면서 선행합의의 내용이 보충협약에 편입되었으며 부칙에서 위 보충협약 시행(2015. 12. 31.)과 동시에 ‘구협약’은 폐지하기로 정하였다는 점이다. 재판부는 여기의 ‘구협약’에는 선행합의도 포함되므로, 이 사건 지침이 시행된 2016. 1. 1.에는 선행합의는 폐지되어 보충협약만이 피고와 노동조합 사이의 유효한 단체협약으로 남게 되었다라고 판단하였다. 이어서 보충협약이 일반적 구속력을 가지는지 여부를 검토하면서 위 판결요지(1)의 법리를 원용하여 원고들은 단체협약의 일반적 구속력이 미치는 동종의 근로자라고 할 수 없다고 판시하였다.

그런데 이러한 이론 전개에 대하여는 다음과 같은 문제가 있다. 우선, 보충협약은 관행적으로 매 단체교섭 과정을 통해 체결되어 왔을 것인바, 선행합의의 폐지 근거로 본 보충협약의 부칙 규정의 ‘구협약’은 전기의 보충협약을 의미할 뿐이라는 반론이 가능하다. 이를테면, 보충협약 체결을 위한 통상적인 단체교섭이 아니라 이 사건과 같은 임금피크제의 실시나, 경영악화로 인한 고용안정협약 체결 등과 같은 특별한 경우에 이루어지는 노사협약도 모두 ‘구협약’의 범주에 포함된다고 해석하는 것은 지나친 형식논리라는 지적이다. 다음으로, 재판부는 선행합의의 폐지 근거로 선행합의의 내용이 보충협약에 그대로 편입되었다는 점을 근거로 제시하고 있는데, 선행합의는 보충협약과 달리 그 적용범위를 정규직 종업원에 한정하는 규정을 두고 있지 않다는 점에서 양자는 그 적용대상자가 상이하므로 선행합의의 내용이 보충합의에 100% 편입되어 대체되었다고 보기는 어렵다는 문제가 있다. 재

판부의 이러한 논리는 계약이론에 치중한 것으로 다분히 기교적이라 평가할 수 있다. 문제는 기교는 기교에 의해 회피할 수 있다는 것이다. 예컨대, 재판부의 이러한 논증방식에 의하면, 사실상 정규직들만이 가입할 수 있는 노동조합이 자신의 규약으로 조합원 가입 범위를 일방적으로 정할 수 있다는 점을 악용하여 계약직 근로자에게도 조합가입자격을 부여한 뒤 사용자와 통모해 계약직 직원의 근로조건을 불이익하게 변경하는 행태가 가능하게 된다.⁴⁾ 따라서 이러한 문제에 대응하기 위해서는 아래에서 보는 취업규칙불이익변경의 동의방법에 대한 논증방식과 균형을 맞추어 이 사건의 경우 일반직과 관리지원계약직은 근로조건 체계가 서로 다른 별개의 근로자집단이라는 점을 부각할 필요가 있다. 즉, 이 사건 노동조합의 규약상 조합원 가입 범위에도 불구하고, 정규직과 계약직의 근로조건 체계가 상이하고 이러한 근로조건 체계의 차이를 형성하는 데 노동조합이 기여하였다면 해당 노동조합은 계약직 근로자집단을 대표할 자격이 없다는 점이 논거로 제시되어야 한다. 이를 위해서는 원고들과 같은 계약직의 이 사건 노동조합 가입이 사실상 배제되고 있었는지 여부, 종래의 단체협약에서 계약직이 적용대상에서 지속적으로 배제되어 왔는지 여부, 노동조합이 사용자와 단체교섭 등을 함에 있어 계약직의 이익은 무시한 채 오로지 정규직의 이익만 대변하여왔는지 여부, 계약직과 정규직의 이해가 상충하는 사안에서 노동조합이 어떠한 입장을 취해 왔는지 여부 등을 면밀히 따져볼 필요가 있다. 그 결과 사실상 정규직의 이익만을 대변해 온 것으로 인정된다면 노동조합 조직대상에 대한 규약의 문언에도 불구하고 이 사건 노동조합은 계약직 근로자의 집단적 의사를 대표할 자격이 없으므로 선행합의의 효력범위도 종래의 통상적인 보충협약과 마찬가지로 정규직에 제한된다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 내용이 보충된다면 아래에서 보는 취업규칙 불이익변경의 동의방법에 대한 검토 결과와 모순되는 결론이 내려지는 상황을 피할 수 있으며, 형식보다 실질을 중요시하는 노동법의 해석방법에 더욱 부합할 것이다.

4) 만약 이 사건에서 보충협약이 체결되지 않았거나, 보충협약에 임금피크제에 관한 규정을 명시하지 않았다면, 재판부는 과연 동일한 결론을 내렸을까 하는 의문이 생긴다. 즉, 이러한 상황에서 선행합의는 보충협약과 달리 해당 합의의 그 적용대상을 정규직에 한정한다는 규정이 없고, 노동조합 규약상 계약직도 조합원의 자격이 있으므로 선행합의의 단체협약으로서의 일반적 구속력이 원고들에게도 미친다고 볼 수 있기 때문이다.

② 쟁점은 취업규칙 불이익변경에 대한 동의방법에 관한 것이다. 취업규칙 불이익변경에 있어서 동의방법은 ‘근로자 과반수’로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의가 있어야 하고, 이때의 ‘근로자 과반수’라 함은 기존 취업규칙의 적용을 받는 근로자집단의 과반수를 뜻한다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 참조). 이 사건에서 피고는 이러한 법리를 적용받기 위해 관리지원계약직과 일반직이 하나의 근로자집단이라 주장하였으나, 재판부는 관리지원계약직은 일반직과는 별개의 취업규칙과 근로조건이 적용되므로 별개의 근로자 집단이라 판단하였다. 한편, 피고는 별개의 근로자 집단이라 하더라도 일반직 근로자들도 관리지원계약직 근로자로의 전환이 예상되므로 이들은 전체를 근로자집단으로 보아 그 과반수가 가입한 노동조합의 동의로 충분하다고도 주장하였으나, 재판부는 위 판결요지(2)를 근거로 양자의 근로조건 체계가 상이하며, 관리지원계약직으로의 전환은 피고 회사의 필요에 의한 비상시적인 조치라는 점에서 일반직의 관리지원계약직으로의 전환이 예상된다고 볼 수 없다고 보아 전체 집단의 동의가 아닌 각 집단별 동의가 필요하다고 판단하였다. 피고는 두 집단 모두에게 불리한 변경으로 두 집단 전체의 동의가 필요하므로 원고들의 동의권은 인정될 수 없다는 주장도 펼쳤는데, 재판부는 근로조건이 이원화되어 있어 이 사건 지침의 제정·시행으로 인한 불이익의 내용 및 정도가 서로 달라 별도의 동의가 필요하다는 결론을 내렸다.

요컨대, 취업규칙 불이익변경에 있어서의 동의방법과 관련하여 재판부는 근로조건 체계의 동일성을 기준으로 근로자집단을 구분하여 동의절차를 거쳐야 한다는 것으로 타당한 이유설시와 결론이라 평가할 수 있다.

정리하면, 이 판결은 결론을 도출하는 과정에서 다소 아쉬운 점이 있지만, 결론에 있어서는 정규직과 계약직에게 적용되는 근로조건 체계가 단체협약 내지 취업규칙 등에 의하여 구분되고 있는 경우에는 전체 근로자의 과반수를 차지하는 정규직 노동조합과의 단체협약 체결 내지 그의 동의만으로는 계약직 근로자들에 대한 취업규칙 불이익변경을 할 수 없음을 밝혔다는 데 의의가 있다.

기간제근로계약 종료 후 재계약이 안된 경우에도 교육훈련비상환규정이 적용되는지 여부

- 부산지방법원 2017. 3. 15. 선고 2016나49655 판결 -

【판결요지】

교육훈련비상환규정은 운항승무원의 장기근속을 유도하기 위한 것으로, 일정기간의 의무(복무)기간을 설정하고 이를 위반하여 퇴직하는 운항승무원에 대하여는 일종의 위약벌로 지출된 교육훈련비를 상환하도록 하는 규정이다. 따라서 일정기간 복무할 의무를 지고 있는 운항승무원이 자의로 이를 이행하지 않고 퇴사하였음을 요건으로 한다고 보아야 한다. ... 원고와 피고는 계약기간을 1년으로 하여 근로계약을 체결하였고, 계약기간이 끝나자 원고가 재계약을 원하지 않아 피고가 퇴사하게 된 것으로, 의무근무(복무)기간을 채우지 못한 것에 대해 피고에게는 아무런 잘못이 없어 위약벌을 부과할 여지도 없다. 즉 교육훈련비상환규정이 이 사건과 같은 경위로 퇴사하게 된 피고의 경우에는 적용이 없는 것이다.

사안에서 원고는 항공운송업을 영위하는 항공사이고 피고는 항공기부기장으로 입사한 자이다. 원고와 피고는 1년을 기간으로 하는 근로계약을 체결하였고 양 당사자의 근로관계는 1년 기간 만료 후 종료되었으나 재계약되지 않았다. 문제는 원고가 피고에게 근로계약 기간 중에 지출되었던 교육훈련비를 반환하라고 한 것이다. 교육훈련비는 회사에서 대납 후 근로자가 4년간의 의무복무기간을 채우지 못하면 회사에 상환하는 것으로 되어 있는데, 판결문에서 제시된 사실관계를 보건대, 교육훈련비에 대해서는 직접 근로계약서에 명시된 것은 아니고 근로자 모집공고문에 기재되어 있고 원고 회사 측의 수당에 관한 지침에 명시되어 있는 내용이었다.

사안에서의 쟁점은 첫째, 모집공고문에 명시된 바에 따라 의무복무기간을 채우지 못한 경우 근로자가 교육훈련비를 반환할 의무가 있는가, 둘째, 의무복무기간을 채우지 못한 근로자가 교육훈련비를 반환해야 한다는 수당에 관한 지침이 구속력이 있는가, 셋째, 회사 측에서 재계약 거부로 의무복무기간

을 채울 수 없는 경우에도 근로자가 교육훈련비를 반환해야 하는가이다.

첫 번째 쟁점과 관련하여서는, 회사의 모집공고문의 법적 성격이 문제된다. 일반적으로 회사 측에서 근로자를 채용하기 위해 공시하는 모집공고문은 그에 대응하는 근로자 측에서 응한다고 하여 곧바로 근로계약의 체결이라는 효과를 가져오는 성질의 것이 아니다. 근로자로 하여금 근로계약의 청약을 유도하는 성질을 가질 뿐이다. 즉 모집에 응하는(청약) 근로자에 대해 별도의 심사를 거쳐 회사 측에서 채용(승낙)하는 것이므로 모집공고문은 소위 청약의 유인에 해당한다. 청약의 유인에 해당하는 경우 해당 내용이 곧바로 계약의 내용으로 편입되는 것은 아니고 양 당사자 간에 계약 내용으로 편입시키고자 하는 별도의 합의가 필요하다. 사안의 경우에도 판결문의 내용을 보건대, 의무복무기간을 채우지 못한 경우 교육훈련비를 반환한다는 내용이 모집공고문에는 명시되어 있었으나 근로계약서에는 별도로 명시되어 있지 않았던 것으로 보이고, 이에 따라 근로자가 모집공고문의 내용을 숙지하고 근로계약을 체결했다고 할지라도 모집공고문 자체가 교육훈련비 지급 청구의 근거가 되지는 못한다고 본 법원의 지적은 타당하다고 하겠다.

두 번째 쟁점과 관련하여서는, 의무복무기간을 채우지 못한 경우 교육훈련비 반환을 규정한 수당에 관한 지침의 법적 성격이 문제된다. 수당에 관한 지침은 근로자 전체에 획일적으로 적용되는 것이고 근로관계의 내용을 규율하는 것이므로 취업규칙에 해당한다고 볼 수 있고 이에 대한 법원의 지적도 타당하다고 하겠다. 근로계약에 명시되지 않은 근로관계에 관한 내용은 취업규칙이 적용되므로 설사 근로계약서에 교육훈련비 반환에 관한 내용이 명시된 바 없다 할지라도 취업규칙에 명시되어 있다면 취업규칙이 교육훈련비 반환 요구의 근거가 될 수 있다.

세 번째 쟁점과 관련하여, 회사 측에서 재계약을 거부하여 근로관계가 종료된 경우에도 근로자가 교육훈련비를 반환해야 하는지가 문제된다. 사안의 경우 회사 측에서는 근로자의 의무복무기간을 4년으로 설정한 후 교육훈련을 받은 다음 이를 채우지 못한 경우 교육훈련비를 반환하도록 하고 있다. 우선, 의무복무기간을 4년으로 설정한 것 자체는 문제가 되지 않을 것 같다. 의무복무기간의 성격 자체가 교육훈련비라는 일종의 소비대차 내지 그와 유사한 법률관계에서의 채무의 면제기간을 설정한 것에 불과하고¹⁾ 근로자는 3년 이상의 고용계약을 체결한 경우 3년 경과 후 언제든지 해지의 자유가 있

기 때문이다(민법 제659조). 물론 3년 이하의 계약기간이라 할지라도 강제근로금지의 취지상 근로자는 부득이한 사유가 있는 때에는 언제든지 계약을 해지할 수 있다(근로기준법 제7조, 민법 제661조). 다음으로 교육훈련비가 회사 측에서 훈련기관에 직접 전달되는 대납 형식이든 회사 측에서 교육훈련비를 근로자 측에 지급하고 근로자가 이를 훈련기관에 납부하는 형식이든, 최종적으로 근로자가 교육훈련이라는 반대급부를 받은 것이기 때문에, 교육훈련비를 훈련기관에 전달하는 방식은 근로자의 교육훈련비 채무 존재에 대해 아무런 영향을 미치지 않을 것 같다. 그런데 회사 측에서 교육훈련비를 근로자 측에 반환 요구할 수 있기 위해서는 어떤 요건이 필요할 것인가? 의무복무라는 용어가 보여주듯이 근로자가 자신의 사정에 의해 복무를 하지 못할 것이 필요한 것이다. 사안의 경우 회사 측에서 1년의 근로계약 기간 종료 후 근로자와의 재계약을 거부한 탓에 근로자가 의무복무를 하고 싶어도 할 수 없게 된 것이다. 즉 의무복무를 할 수 없게 된 원인이 근로자 측에 존재하지 않는 경우에는 교육훈련비상환을 인정할 수 없다. 이런 취지에서 교육훈련비 반환은 자의로 의무복무를 이행하지 않고 퇴사한 경우에 한해 적용해야 한다는 법원의 지적은 타당하다고 하겠다.

» 노호창(호서대학교 법경찰행정학부 교수)

1) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다37274 판결.

초단시간근로자 유형 규정과 근로시간

- 서울행정법원 2017. 9. 22. 선고 2017구합52108 판결 -

【판결요지】

기간제근로자인 교육공무직원 중 전임경력을 포함하여 계속근로연수가 1년을 초과하는 자는 무기계약직 전환의 대상, 1년을 초과하지 않으면서 재계약 심사요청서를 제출한 경우에는 재계약 심사대상에 해당하나 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자는 제외하기로 한 경우, 근로계약서상 소정근로시간은 14시간으로 기재되어 있으나 근로계약서의 문언에도 불구하고 당사자의 의사는 근로계약의 소정근로시간을 적어도 15시간 이상으로 정한 것이라 봄이 상당하다고 판단, 이 사건 근로자를 무기계약직 전환 및 재계약 심사의 예외대상으로 보고, 재계약 심사요청서를 제출하였음에도 불구하고 계약체결을 거절하며 근로계약을 종료시킨 것은 근로자의 재계약에 대한 정당한 기대권 및 재계약을 전제로 한 무기계약직 전환에 대한 정당한 기대권을 침해한 것으로서 부당해고에 해당한다.

근로시간을 기준으로 보았을 때 「근로기준법」에 등장하는 근로자의 종류는 두 가지이다. 단시간근로자 그리고 통상 근로자. 그리고 「근로기준법」은 “1주 동안의 소정근로시간”을 기준으로 통상근로자보다 짧게 일하는 근로자를 단시간근로자로 규정하고 있다. 통상 근로자의 근로시간이 몇 시간인지는 법을 통해 알 수 없지만, 단시간근로자보다는 길게 일하는 근로자이고, 단시간근로자는 통상 근로자보다는 짧게 일한다. 따라서 단시간근로자와 통상 근로자는 서로 상대적이기는 하지만, 통상 근로자가 어떤 근로자인가에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 특히 지금처럼 하나의 사업장 내에서 일하는 근로자들의 종류가 다양할 수 있는 조건에서는 통상 근로자가 과연 어떤 근로형태를 취한 근로자인지 여부가 단시간근로자의 근로조건을 결정할 때 중요한 문제일 수 있을 것이다. 「근로기준법」은 단시간근로자의 근로조건을 “그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정”하도록 하고 있기 때문이다(근로기준



법 제18조).¹⁾

다소 논점을 벗어났다. 「근로기준법」상 근로시간을 기준으로 근로자는 단시간근로자와 통상 근로자로 구분이 되기는 하지만, 사실은 여기에 한 종류의 근로자를 더 추가해야 한다. 「근로기준법」은 단시간근로자의 근로조건을 시간비례 결정원칙에 따라 결정하도록 하면서, 주휴일 및 연차유급휴가에 관한 「근로기준법」 적용을 제외하도록 하는 근로자로서 “4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자”(소위, 초단시간근로자)를 정해두고 있기 때문이다. 일반적으로 단시간근로자는 시간비례 결정원칙에 따라 근로조건이 통상 근로자의 근로시간에 비례하여 결정되게 되고, 따라서 초단시간근로자의 근로조건도 시간비례 결정원칙에 따라 결정된다. 다만 주휴일과 연차유급휴가에 관한 「근로기준법」의 최저근로조건을 초단시간근로자에게도 적용하는 것은 다소 부적절하다고 판단했기 때문인지, 초단시간근로자에게는 이들 규정이 적용되지 않도록 한 것이다. 초단시간근로자에 대한 이러한 예외적인 조치는 「근로기준법」에 국한되지 않는다. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, ‘기간제법’) 시행령에서는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 유형의 하나로 규정하고 있고(기간제법 시행령 제3조 제3항 제6호), 「근로자퇴직급여 보장법」(이하, ‘퇴직급여법’)에서는 퇴직금을 주지 않아도 되는 근로자로 규정하고 있다(퇴직급여법 제4조 제1항 단서). 사회보험법제에서는 이러한 초단시간근로자를 다소 다르게 규정하고 있는데, 「국민연금법」은 “1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”인 경우 근로자에서 제외하도록 함으로써 이들이 국민연금법상 직장가입자가 아니도록 하고 있고(국민연금법 시행령 제2조 제4호), 「국민건강보험법」에서도 “1개월 동안의 소정(所定)근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”의 경우 직장가입자에서 탈퇴할 수 있도록 규정하고 있다. 「고용보험법」은 “1개월간 소

1) 다만 법이 단시간근로자와 통상 근로자에 대하여 취하는 태도는, 단시간근로자는 하나의 근로형태로서 고유한 개념일 수 있지만, 통상 근로자는 단시간근로자의 개념을 규정하기 위한 수단으로 사용하고 있을 뿐이라고 생각된다(‘단시간근로자’는 두 단어로 구성되어 있지만 고유명사처럼 한 단어로 붙여 쓰고 있는 반면, ‘통상 근로자’는 ‘통상적 인 근로자’라는 의미에서 두 단어를 띄어 쓰고 있는 것으로 추측된다). 이렇게 보았을 때 단시간근로자에 대한 법적 정의 규정은 두면서 통상 근로자에 대해서는 별다른 규정을 두고 있지 않는 것으로 이해된다. 통상 근로자의 의미는 언제든 바뀔 수 있다.

정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)”에게는 적용되지 않는다(고용보험법 제10조 제2호, 시행령 제3조 제1항).

이와 같이 초단시간근로자는 근로자이면서도 근로시간이 짧다는 이유로 다른 근로자들과는 다른 처우를 받게 되는데, 교육행정과정에서는 정규직 전환 제외 대상자로 분류되어 불이익을 받기도 하였다. 검토대상사건에서 경기도 교육청은 상시적 지속적 직종에 종사하는 기간제 교육실무직원들의 고용불안을 해소하기 위해 일정 절차를 거쳐 재계약과 무기계약직 전환 추진을 위한 「교육실무직원 재계약 심사, 무기계약직 전환 세부 추진 매뉴얼」을 제작하였는데, 이 매뉴얼에서는 기간제근로자들이 교육실무직원 재계약 심사요청서를 제출하면 근무성적이나 직무태도 등이 양호한 경우 무기계약직으로 전환하도록 하였다. 다만 이 매뉴얼에서는 초단시간근로자는 무기계약직 전환 대상이 아님을 밝히고 있었다. 그런데 검토대상사건의 근로자는 근로계약상 소정근로시간을 14시간으로 정해둔 초단시간근로자였다. 문제는, 이 근로자가 근무기간 중 일상적으로 연장근로를 함으로써, 연장근로시간을 포함한 실근로시간은 15시간 이상이었던 점이다. 이 근로자의 법적 지위가 근로계약상의 소정근로시간에 따라 초단시간근로자일 경우에는 무기계약직 전환 제외 대상자가 되지만, 실근로시간에 따라 일반 단시간근로자일 경우에는 무기계약직 전환 대상자가 되는 것이다. 초단시간근로자는 법적으로도 많은 예외규정의 적용을 받아 근로자임에도 다른 근로자에 비하여 불이익한 처우를 받고 있는데, 초단시간근로자라는 법적 지위는 소정근로시간에 따라 판단해야 할지 아니면 실근로시간에 따라야 할지가 문제인 것이다.

필자는 이전에 다른 사건(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결) 검토를 하면서 “어떤 근로자가 초단시간 근로자에 해당하는가 아닌가 하는 것은 근로계약서의 소정근로시간으로 판단되는 것이 아니라”고 말한 바 있다.²⁾ 지금도 이 생각은 동일하다. 다만 당시에는 충분히 언급하지 못했던 세부적인 사항들을 여기에서 설명하고자 한다.

초단시간근로라는 근로형태는, 1주 15시간에 미치지 못하는 근로시간 동

2) 박은정(2015), 「기간제법상 사용기간제한을 받지 않는 ‘초단시간 근로자’ 판단을 위한 근로시간의 문제」, 『노동법학』 제53호, 한국노동법학회, p.243.

안만 근로를 제공하는 근로자들을 노동법상 다른 일반 근로자들과 동일하게 처우할 것인지 아니면 별도의 예외적 조항을 두고 운용할 필요가 있는지의 판단에 따라 설정된 하나의 기준일 뿐이다. 단시간근로라는 것이 통상 근로자에 비하여 짧은 근로시간 동안 근로를 제공하는 근로자들을 집합적으로 묶어 표현하는 용어일 뿐인 것과 같이 말이다. 통상 근로자보다 짧은 근로시간을 일하여 단시간근로자로 분류되는 근로자가 초과근로 등을 통해 통상 근로자와 같거나 보다 긴 근로시간 동안 일했음에도 불구하고 소정근로시간이 단시간근로자이기 때문에 시간비례 결정원칙에 따라 임금 등을 삭감하는 것이 정당하다는 평가를 받지는 못할 것이다. 초단시간근로자도 마찬가지이다. 소정근로시간이 1주간 15시간 미만(혹은 1개월간 60시간 미만)인 경우 주휴일이나 연차유급휴가권을 부여하지 않는 근로조건을 제공해도 된다고 「근로기준법」에는 규정되어 있지만, 이 근로자가 실제로는 1주 15시간 이상 근로를 제공하는 경우에도 주휴일이나 연차유급휴가권을 부여하지 않아도 된다고 「근로기준법」이 허용해주는 것은 아니다.

근로계약은 노사간의 합의를 기반으로 한다. 소정근로시간은 노사간 합의에 따라 정한 근로시간이다. 근로자와 사용자가 초단시간 근로에 합의를 하였다면, 사용자는 합의한 대로 소정근로시간을 실근로시간으로 운영하면 된다. 그런데 사용자가 근로계약서상 소정근로시간대로 근로시간을 요구하지 않고 휴게시간을 대기시간으로 이용한다거나, 초과근로를 요구한다거나 했을 때 문제가 발생하는 것이다. 검토대상사건도 마찬가지이다. 적지 않은 경우 초단시간근로형태는 퇴직금지급이나 사회보험가입 등의 부담을 피하기 위해 형성되는 경향이 있다. 소정근로시간에서만 초단시간근로자로 설정해 두고 실제 운용은 그렇지 않음에도 불구하고 소정근로시간을 실근로시간에 앞세우게 된다면, 사실상 무수한 탈법의사를 용인해주는 결과를 초래할 것이다.

다만 검토대상사건에서 판례는 초단시간근로자의 근로시간 문제를 실근로시간의 문제로 보지 않고 근로계약의 실질적 의사 문제로 판단하였다. 근로계약서의 문언에도 불구하고 노사 당사자의 의사는 소정근로시간을 적어도 15시간 이상으로 정한 것이라고 보는 것이 상당하다고 판단한 것이다. 결론에는 동의하지만, 법원과 같은 논리구성방식에 따르면 근로시간의 문제가 근로계약을 둘러싼 계약 당사자들의 의사해석문제로 전환되어 버린다. 그보

다는 「근로기준법」 등 노동법제가 초단시간근로자에 대한 예외규정을 두고 있는 목적과 근로시간에 대한 실질적 판단을 통해 이 문제를 해결하는 것이 노동법적 문제를 해결하는 데 보다 타당한 접근방법이 아닐까 생각한다.

» 박은정(인제대학교 공공인재학부 교수)

사회보장, 노동시장

국가의 공무원에 대한 영유아보육법상 보육수당 지급의무의 존부

- 대법원 2016. 8. 25. 선고 2013두14610 판결 -

【판결요지】

<1> 공무원 보수 등 근무조건은 법률로 정하여야 하고, 국가예산에 계상되어 있지 아니하면 공무원 보수의 지급이 불가능한 점 등에 비추어 볼 때, 공무원이 국가를 상대로 실질이 보수에 해당하는 금원의 지급을 구하려면 공무원의 ‘근무조건 법정주의’에 따라 국가공무원법령 등 공무원의 보수에 관한 법률에 지급근거가 되는 명시적 규정이 존재하여야 하고, 나아가 해당 보수 항목이 국가예산에도 계상되어 있어야만 한다.

<2> 국가공무원법령에 구 영유아보육법(2011. 6. 7. 법률 제10789호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항에 따른 보육수당에 관한 지급 근거가 없을 뿐 아니라, 구 영유아보육법 제14조 제1항을 국가공무원법 제46조 제5항에 정한 ‘그 밖의 법률에 따른 공무원의 보수에 관한 규정’에 해당한다고 볼 수도 없으며, 위 보육수당이 국가예산에 별도로 계상되어 있지도 아니하므로, 구 영유아보육법 제14조 제1항에 근거하여 곧바로 보육수당의 지급을 구하는 것은 공무원의 ‘근무조건 법정주의’와 항목이 계상된 국가예산에 근거한 공무원 보수 지급의 원칙에 반하여 허용될 수 없다.

이 사건의 원고들은 6세 미만의 취학 전 자녀를 두고 있는 법원공무원 또는 계약직 공무원이다. 구 영유아보육법에 따르면, 상시 여성근로자 300명 이상 또는 상시근로자 500명 이상을 고용하고 있는 사업장의 사업주는 직장

보육시설을 설치하여야 하고 다만, 직장보육시설을 단독으로 설치할 수 없을 때에는 사업주 공동으로 직장보육시설을 설치·운영하거나, 지역의 보육시설과 위탁계약을 맺어 근로자 자녀의 보육을 지원하거나, 근로자에게 정부보육료 지원 단가의 50/100 이상을 보육수당으로 지급하여야 한다(동법 제14조 제1항, 동법 시행령 제20조 제1항, 동법 시행규칙 제8조). 국가기관인 각급 법원에 대해서도 위 규정이 적용되는데, 일부 법원이 신청인원의 일부만 보육할 수 있는 정원 규모의 직장어린이집을 설치하였을 뿐, 나머지 다른 법원은 직장어린이집을 설치하지 않거나, 지역어린이집과의 위탁계약에 따른 위탁보육 지원을 실시하지도 않았으며 원고들에게 위 기준에 부합하는 보육수당을 지급하지도 않았다. 이에 원고들은 국가를 상대로 보육수당의 지급을 구하는 공법상 당사자소송을 제기하였다.

이 사건의 근거가 된 구 영유아보육법 제14조 제1항의 문언해석에 의하면 사업주가 직장어린이집을 설치할 의무를 이행할 수 없을 때에 그 의무 이행에 대체하여 근로자에게 보육수당을 지급할 의무를 부담한다. 그런데 통상적인 행정법규에 의해 부과되는 의무에 대해서는 행정청의 이행명령이나 이행강제금 등과 같은 의무이행확보수단이 함께 규정되는데, 위 규정에 대하여는 그 의무이행을 확보하기 위한 수단이 별도로 규정되어 있지 않았다. 따라서 그 의무를 이행하지 않는 사업자를 상대로 근로자가 직접 그 이행을 구할 수 있는지가 문제된다.¹⁾

이에 대해 대법원을 비롯하여 전 심급에서 원고들의 청구를 기각하였는데, 다만 원심(서울고등법원 2013. 5. 24. 선고 2012누30815 판결)과 대법원의 판결이유는 아래에서 보는 바와 같이 차이가 있다.

원심은 "사업주의 직장어린이집 설치의무가 이행시기 및 이행내용에 있어 구체적으로 확정된 상태에서 그 의무를 이행할 수 없을 때에 사업주가 그 의무 이행에 대체하여 보육수당 지급의무를 부담하는 것으로서, 사업주의 직장어린이집 설치의무가 이행시기 및 이행내용에 있어 구체적으로 확정되

1) 이 사건은 사업자가 국가기관인 사건으로서 공무원들이 원고가 되어 보육수당의 지급을 구하였는데, 이와 달리 일반 근로자들이 자신이 고용된 사기업 사업자(현대제철)를 상대로 보육수당의 지급을 구하는 취지의 소송도 제기한 바 있다. 이 사건에 대하여는 1, 2심에서 의무의 구체성이 없다는 취지로 근로자 측의 청구가 모두 기각되었고, 2013. 4.경 상고가 제기되었으나 대법원이 아직 판결을 하지 않고 있다.

지 않은 상태에서는, 그에 대체하는 보육수당 지급의무 역시 구체적으로 확정되지 않는다”고 하면서, 국가나 지방자치단체의 국·공립어린이집을 설치할 의무는 보육계획에 따라 우선순위를 정하여 순차적으로 이행할 의무로서, 특정시기에 특정규모의 국·공립어린이집을 설치해야 할 구체적인 의무로는 볼 수 없으므로 사업주의 직장어린이집설치의무 역시, 특정시기에 특정규모의 직장어린이집을 설치해야 할 구체적인 의무로는 볼 수 없는 점, 법령상 직장어린이집의 설치기준에 관하여 상시 영유아 5명 이상을 보육할 수 있는 시설을 갖추어야 한다고 규정하여 최소규모만을 규정하였을 뿐 근로자의 영유아 모두를 보육할 수 있는 시설을 갖추어야 한다고는 규정하지 않고 있는 점 등을 근거로, 결국 사업주의 직장어린이집설치의무는 이행시기 및 이행내용에 있어 구체적으로 확정되지 않은 상태이고 따라서 보육수당 지급의무도 확정되지 않았다고 판단하였다. 즉, 피고는 보육수당을 지급할 구체적인 의무가 없다는 것이다.

그러나, 원심의 이러한 이유제시는 다음과 같은 점에서 문제가 있다. 먼저 직장어린이집설치의무의 이행시기에 대한 구체성이 부족하다는 점의 경우 전 세대와 계층을 아울러 대책을 수립하여야 하는 국가와 특정 사업장을 대상으로 하는 사업주의 의무를 동일한 관점에서 볼 수 없다는 점에서 타당한 논증이라 보기 어렵다. 다음으로 두 번째 이유인 이행할 내용이 구체적이지 않다는 지적과 관련하여서도 영유아보육법이 명문으로 근로자의 ‘모든’ 자녀를 보육할 수 있는 정도의 직장어린이집의 설치를 요구하지는 않았지만, 보육은 자녀를 가진 모든 근로자가 공통으로 필요로 하는 보편적 성격이 있는 점에 비추어 해당 사업주에게 고용된 근로자 중 보육이 필요한 자 ‘모두’에게 직장어린이집을 통한 보육서비스를 제공하여야 한다는 점은 영유아보육법의 목적에 비추어 자명하다고 할 수 있다. 그러나 원심은 법률에서 명시적으로 이를 규정하고 있지 않음을 빌미로 현대사회에서 보육서비스가 가지고 있는 보편적 필요성을 외면하고 있어²⁾ 시대에 부합하지 않는 결론을 내

2) 국가에 의한 보편적 보육책임의 필요성에 대한 원심의 몰인식은 “사회보장법 내지 복지행정 관계법은 일반적으로, 복잡 다양한 사회 경제 여건에 대응하여 개개의 생활배려를 도모하는 작용이기 때문에, 구체적인 내용을 행정입법에 위임하는 ‘프로그램적 입법’ 내지 ‘개요 입법’(skeleton legislation)의 성격을 갖는 경우가 많다”는 점을 언급하고 있는 그 판시내용을 통해서도 읽어낼 수가 있다.

렸다는 비판을 면하기 어렵다. 대법원도 비록 판결문에서 구체적 이유를 언급하지는 않았지만 ‘원심판결의 이유 설시가 적절하다고 보기는 어려우나’라고 언급하며 원심의 위와 같은 이유설시에 동의하지는 않음을 밝혔는바, 이는 원심의 논거제시가 설득력이 약함을 반증하는 것이라 할 수 있다.

한편, 대법원은 원심과는 달리 공무원의 ‘근무조건 법정주의’ 및 예산 항목 미계상을 이유로 국가의 보육수당지급의무를 부인하였다.

먼저 ‘근무조건 법정주의’와 관련하여, 대법원은 ① 국가공무원법 제46조 제5항이 “이 법이나 그 밖의 법률에 따른 보수에 관한 규정에 따르지 아니하고는 어떠한 금전이나 유가물도 공무원의 보수로 지급할 수 없다”라고 규정하고 있는데, 대통령령인 「공무원수당 등에 관한 규정」에 보육수당에 상응하는 항목이 없는 등 국가공무원법령에 보육수당의 지급근거가 없는 점, ② 영유아보육법상 보육수당은 사업장의 규모에 따라 그 적용여부가 결정되는데 동일한 국가예산에 기하여 보수가 지급되는 공무원에 대해서 일정 규모 이상 사업장에 소속되었다는 이유로 특정 수당의 지급 여부가 달라질 수 있다고 볼 수 없으므로 영유아보육법의 위 조항은 국가공무원법 제46조 제5항에 정한 ‘그 밖의 법률에 따른 공무원의 보수에 관한 규정’에 해당한다고 볼 수 없다는 점을 이유로 제시하였다. 그러나 위 ①의 경우, 시행령에 규정이 없다는 이유로 법률에 명시된 사항을 무력화시키는 것은 행정입법의 법률에 대한 우위를 인정한 것이라는 점에서 법치국가원리에 반하는 치명적 문제가 있으므로, 보육수당지급의무 자체를 부인하기 보다는, 그 의무는 인정하되 다만 행정입법이 이루어지지 않은 잘못을 탓하는 것이 바람직하다 할 것이다.³⁾ 위 ②의 경우에도⁴⁾ 영유아보육법 제14조 제1항이 적용대상을 일정 이상 규모의 사업장에 한정된 취지는 재직중인 사업장의 규모에 따른 공무원 간의 차별을 의도한 것이 아니라 점진적 근무조건 개선을 도모하는데 그 목적이 있는 것이므로 일응 합리적 이유가 있다고 보아야 한다.⁵⁾ 대법원의 논

3) 대법원이 이러한 입장을 취하더라도 사법부가 행정부를 대신하여 행정입법을 할 수는 없는 노릇이므로 결국 보육수당지급을 위한 구체적인 시행령 내지 시행규칙이 없으므로 기각한다라는 결론에 이르는 것은 마찬가지라 할 수 있다. 그러나 이 경우 행정입법 미비는 행정부에 의한 위법한 입법부작위로서 원고들이 이를 근거로 손해배상을 청구할 수 있는 근거가 된다는 점에서 중대한 차이가 있다.

4) 위 ①은 ②를 논리적 전제로 삼고 있다고 볼 수 있는데 판결문은 그 순서를 역으로 제시하고 있다

리대로라면 국가의 공무원에 대한 보육수당 지급의무가 인정되지 않으므로, 결과적으로 공무원들은 국가기관에 대하여 직장어린이집설치의무의 이행을 사법적으로 강제할 수단이 부인된다는 문제가 발생한다.

다음으로 예산 항목 미계상과 관련하여서도, 판결에서 대법원은 보육수당이 국가예산에 별도로 계상되어 있지 않았더라는 엄격한 기준을 제시하고 있지만, ‘초과근무수당이 예산에 계상된 이상 예산에 편성된 범위와 관계없이 실제 초과근무한 시간에 해당하는 초과근무수당 중 미지급금액을 추가로 지급하여야 한다’라고 하여 공무원의 보수지급과 관련하여 예산의 엄격성을 완화한 판례가 있는 점(대법원 2009. 9. 10. 선고 2005다9227 판결), 이 사건의 경우에도 보육수당이라는 항목 자체는 예산에 반영되어 있지 않더라도 국가가 사업주로서 직장어린이집 설치 및 운용을 위한 항목이 예산에 반영되어 있을 것이므로 그 대체수단인 보육수당에 대하여도 간접적으로 예산 항목이 계상되어 있다고 해석할 수 있는 점을 고려한다면 대법원의 논거는 지나치게 기교적이고 형식논리에 치우쳤다는 비판이 가능하다.

결과적으로 원심이나 대법원 모두 그 판결이유를 긍정적인 관점에서 보기는 어렵다. 생각건대 이 사건은 사업주의 직장어린이집설치의무의 법적 근거 및 그 의무이행확보수단에 관한 규정 취지의 관점에서 접근할 필요가 있다. 직장어린이집설치의무를 사업주에게 부과하는 이유는 국가가 부모를 대신하여 보육을 이행함으로써 상대적으로 보육부담에서 벗어난 부모의 구직 활동이 촉진되며, 이로 인해 사업주(여기에는 기업과 국가기관이 모두 포함된다)는 양질의 인력을 채용하거나 혹은 이탈을 방지하는 혜택을 누리게 된다는 점에서 찾을 수 있다. 이 점은 사업주가 근로자에게 제공하는 보육서비스는 복지혜택 내지 넓은 의미의 근로조건에 속하는 사항으로서 원칙적으로 노사자치에 의한 해결이 가능한 영역에 속한다. 그런데 흥미롭게도 사업주의 직장어린이집설치의무는 그 근거규정이 영유아보육법이 2004. 1. 29. 법률 제7153호로 전면개정될 때 신설되어 2005. 1. 30. 시행된 이래, 2011. 12. 31. 일부개정되면서 제14조의2를 신설하여 보건복지부장관이 직장어린이집

5) 이러한 취지의 판결로는 “중학교 의무교육을 일시에 전면 실시하는 대신 단계적으로 확대 실시하도록 한 것은 주로 전면실시에 따르는 국가의 재정적 부담을 고려한 것으로 실질적 평등의 원칙에 부합된다”(헌법재판소 1991. 2. 11. 선고 90헌가27 결정 [교육법 제8조의2에 관한 위헌심판]).

설치 등의 의무를 이행하지 아니 한 사업장의 명단을 공표할 수 있는 규정을 두기까지, 그 위반에 대하여 아무런 제재규정을 두지 않았는바, 이는 원심의 해석과 같이 직장어린이집설치 의무를 규정한 영유아보육법 제14조 제1항이 이른바 프로그램규정이기 때문에 그러한 것이 아니라, 사업장 차원에서 보육책임 이행은 앞에서 본 바와 같이 근로자에 대한 복지혜택의 성격이 강해 이를 노사자치를 통해 이행을 담보하는 것이 가능하기 때문에 행정청의 개입을 최소화하기 위해 그러한 것이라 할 수 있다. 전통적인 공사법준별론에 의하면 법률에 의해 부여된 의무의 이행확보수단을 행정청이 아니라 해당 의무의 이행을 통해 사실상 이익을 얻는 당사자 개인에게 직접 부여하는 것이 어색하고 생소해 보일 수도 있다.⁶⁾ 그러나 이러한 방식은 공사법이 혼재된 근로기준법과 같은 노동법의 영역에서는 특이한 것이 아니다. 사업주의 보육책임 이행은 노사자치의 영역에 속하는 문제로서 노사가 국가의 개입 없이 상호합의를 통해 사업주가 이행할 보육책임의 질과 양을 결정할 수 있다. 이 때 국가의 역할은 보육서비스 제공의 방향성을 제시하고, 이에 대한 합의가 결렬된 경우 그에 따른 불이익을 누구에게 어떤 내용으로 귀속시킬 것인지를 결정하는 것이라 할 수 있다. 바로 영유아보육법 제14조 제1항은 직장어린이집설치를 사업주에 의한 보육서비스 제공의 우선적 방법으로 하되, 공동설치 내지 위탁설치를 차선택으로 제시하며 종국적으로 보육수당을 통해 보육책임을 사업주가 이행하라고 규정하고 있는 것이다. 즉, 보육서비스 제공에 대한 노사합의가 결렬된 경우 사업주에게 보육수당지급을 통한 최종적인 불이익이 귀속되도록 하는데에 영유아보육법 동조항의 취지가 있는 것이다.⁷⁾ 사업주가 국가라 하더라도 공무원노동조합의 설립이 인정되고 있다는 점에서 사기업과의 차이는 없다고 할 수 있다. 따라서 이러한 취지를 사법부가 잘 살렸더라면 사업주에 의한 보육서비스가 활성화 되었을

6) 참고로, 원심은 “「영유아보육법」은 위와 같이 사업주의 직장어린이집 설치의무나 보육수당 지급의무를 규정하면서, 근로자가 사업주에 대하여 직장어린이집 설치나 보육수당 지급을 청구할 수 있는 권리에 관해서는 별도로 규정하지 않았다”는 점을 판결이유 중에 명시하기까지 하였다.

7) 이 사건의 경우 법원공무원노동조합은 2007년 단체협약에서 “직장 내·외에 보육시설을 설치 또는 확충하도록 노력한다”고 합의하였는바, 이러한 합의는 단체협약 효력기간 동안은 원고들의 국가에 대한 보육수당지급의무의 이행요구를 제한하는 효력이 있다고 볼 수 있을 것이다.

것이다.

그러나 대법원은 공무원에 대해서는 영유아보육법상 보육수당은 효력이 없다고 선언하였고, 사기업 근로자에 대해서는 판결을 하지 않고 있는 상태에서(각주 1) 참조) 국회는 “직장어린이집을 직접 설치·운영하고 있는 비율이 적어 대체수단의 정비가 필요한 실정”이라는 이유로, 지난 2014. 5. 20. 영유아보육법을 개정하였다. 동 개정에 의해 보육수당 부분이 삭제되었고, 행정청의 이행명령 및 이행강제금 부과 규정이 신설되었다(동법 제44조의2, 제44조의3).

한편, 이 사건 판결이 아직 대법원에 계속중인 사기업 근로자의 보육수당 청구 사건(대법원 2013다31601)에 어떤 영향을 미칠지도 관심을 가지고 지켜볼 필요가 있다.

» 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

업무와 자살 사이의 상당인과관계의 판단기준

- 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840 판결 -

【판결요지】

산업재해보상보험법 제37조 제1항에서 말하는 ‘업무상의 재해’란 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 근로자의 부상·질병·신체장애 또는 사망을 뜻하는 것이므로 업무와 재해발생 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 그 인과관계는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 하지만, 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것이 아니며 규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되는 경우에는 그 증명이 있다고 보아야 한다. 따라서 근로자가 극심한 업무상의 스트레스와 그로 인한 정신적인 고통으로 우울증세가 악화되어 정상적인 인식능력이나 행위선택능력, 정신적 억제력이 현저히 저하되어 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상황에 처하여 자살에 이르게 된 것으로 추단할 수 있는 경우라면 망인의 업무와 사망 사이에 상당인과관계가 인정될 수 있고, 비록 그 과정에서 망인의 내성적인 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 영향을 미쳤거나 자살 직전에 환각, 망상, 왜해된 언행 등의 정신병적 증상에 이르지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2011두14692 판결, 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013두23461 판결 등 참조).

산업재해보상보험법 제5조 제1호는 업무상의 재해를 “업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다.”고 규정하고 있고, 동법 제37조 제1항은 업무상 재해를 업무상 사고(제1호)와 업무상 질병(제2호)으로 나누어 그 구체적 인정기준을 규정하고 있다. 한편 동조 제2항 본문은 “근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.”고 규정하여 자살은 원칙적으로 업무상 재해에 해당하지 않는다고 규정하면서도, 같은 항 단서에서 “그 부상·질병·장해 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 저하된 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 업무상의 재해로 본다.”고 규정하여 자살의 경우에도 대통령

령으로 정하는 사유가 있으면 업무상 재해로 인정될 수 있음을 인정하고 있다. 한편 동법 시행령 제36조는 ①업무상의 사유로 발생한 정신질환으로 치료를 받았거나 받고 있는 사람이 ‘정신적 이상 상태’에서 자해행위를 한 경우(제1호), ②업무상의 재해로 요양 중인 사람이 그 업무상의 재해로 인한 ‘정신적 이상 상태’에서 자해행위를 한 경우(제2호) 및 ③그밖에 업무상의 사유로 인한 ‘정신적 이상 상태’에서 자해행위를 하였다가 의학적·정신적으로 인정되는 경우(제3호)를 자해행위에 따른 업무상의 재해의 인정 기준으로 규정하고 있다. 위 규정들을 종합하여 보면 현행 산업재해보상보험법은 자살이 업무상 재해로 인정되기 위한 요건으로 ①업무상의 사유로 인하여 ‘정신적 이상 상태’가 발생하였고 ②이러한 ‘정신적 이상 상태’로 인하여 자살에 이르게 되었다는 ‘이중의 인과관계’를 요구하고 있는 것으로 이해된다.¹⁾

대법원은 현행 산업재해보상보험법 제37조 제2항 단서가 신설되기 전에 도) 일정한 경우 자살도 업무상 재해에 해당할 수 있다는 판례법리를 형성하여 왔는데, 자살을 업무상 재해로 인정한 최초의 판결로 평가되는 대법원 1993. 10. 22. 선고 93누13797 판결은 “망인의 사망이 비록 자살에 의한 것이라 하더라도 업무상의 질병인 진폐증의 증상이 악화되어 그로 인한 정신적인 이상증세를 일으켜 자살에 이르게 된 것으로 봄이 상당하다”고 판단하였고, 대법원 1993. 12. 14. 선고 93누9392 판결도 “망인은 소외 회사 근무로 인한 이황화탄소중독에 의한 정신분열증을 치료받아 오던 중 그 정신분열증 자체의 하나의 증세인 자살기도증에 의하여 신병을 비판하여 자살하게 된 것이므로 정신분열증과 자살 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것”이라고 판단하였다. 이처럼 대법원은 1990년대 초반부터 진폐증 업무상 질병으로 인하여 기질성 정신장애가 발생하거나, 업무상 재해로 요양 중 정신질환이 발병하고 이로 인하여 자살에 이르게 된 경우에는 자살을 업무상 재해로 인정하여 왔는데, 현행 산업재해보상보험법 제36조는 이러한 판례법리를 수용하여 법제화한 것으로 평가된다.³⁾

1) 김유나(2016), 「과로자살의 업무상 재해 인정가능성에 관한 검토」, 『인권법의 이론과 실제』 제13호, 한양대학교 공익소수자인권센터, p.64.

2) 현행 산업재해보상보험법 제37조 제2항 단서는 2007. 12. 14. 법률 제8694호로 전부개정된 법률에서 신설된 조항이다.

3) 전광석(2012), 『한국사회보장법론』 제9판, 박영사, p.394.

요컨대, 종래의 판례법리나 현행 산업재해보상보험법은 「업무 → 정신적 이상 상태 → 자살」이라는 일련의 과정에 상당한 인과관계가 인정되는지 여부를 자살이 업무상 재해에 해당하는지에 관한 판단기준으로 삼고 있다. 따라서 구체적인 사안의 적용에 있어서는 이러한 상당한 인과관계의 판단기준을 어떻게 설정할 것인가가 중요한바, 종래 판례는 자살의 경우 업무와 자살 사이에 상당한 인과관계의 존재를 인정함에 소극적인 태도를 보여 왔다. 예컨대, 대법원은 2008. 3. 13. 선고 2007두2029 판결에서 ‘자살은 본질적으로 자유로운 의사에 따른 것이므로 근로자가 업무를 수행하는 과정에서 받은 스트레스로 말미암아 우울증이 발생하였고 그 우울증이 자살의 동기 내지 원인과 무관하지 않다는 사정만으로 곧 업무와 자살 사이에 상당인과관계가 있다고 함부로 추단해서는 안 된다’고 판시하였고, 2012. 3. 15. 선고 2011두24644 판결에서도 ‘근로자가 업무를 수행하는 과정에서 받은 스트레스로 말미암아 우울증이 발생하였고 우울증이 자살의 동기나 원인과 무관하지 않다는 사정만으로 곧 업무와 자살 사이에 상당인과관계가 있다고 함부로 추단해서는 안 된다’고 판시하여 업무와 자살 사이의 상당한 인과관계의 존부는 엄격하게 판단해야 한다는 입장을 밝힌바 있다. 특히 대법원은 위 2007두2029 판결에서 ‘망인이 업무와 관련하여 어느 정도의 정신적 부담과 스트레스를 받았고 또 그로 인한 우울증을 앓고 있었던 것으로 보이기 는 하지만, 더 나아가 망인이 담당하고 있던 업무의 내용이나 업무시간이 망인과 비슷한 경력을 가지고 동종 업무에 종사하는 근로자들의 통상적인 업무 내용 및 시간에 비해 질적으로나 양적으로 과도하여 극심한 우울증을 초래할 정도였다고 보기는 어렵다’고 판시하여 업무와 재해 사이의 상당한 인과관계의 유무는 당해 근로자를 기준으로 판단해야 한다는 일반적 기준과는 달리 마치 근로자 본인이 아니라 동종업무종사자를 기준으로 업무와 자살 사이의 상당한 인과관계의 존무를 평가해야 한다는 태도를 취하였다. 한편, 대법원은 2012. 3. 15. 선고 2011두24644 판결에서는 “근로자가 자살한 경우에도 자살 원인이 된 우울증 등 정신질환이 업무에 기인한 것인지는 당해 근로자의 건강과 신체조건 등을 기준으로 하여 판단하게 되나, 당해 근로자가 업무상 스트레스 등으로 인한 정신질환으로 자살에 이를 수밖에 없었는지는 사회평균인 입장에서 앞서 본 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.”고 판시하여, ‘업무 → 우울증’의 인과관계 판단은 근로자 본인을 기준으로 판

단하더라도, ‘우울증 → 자살’의 인과관계는 ‘사회평균인’을 기준으로 판단해야 한다는 입장을 취하였다. 이러한 판결들은 결국 업무와 자살 사이의 상당인과관계의 인정범위를 좁히기 위하여 ‘사회평균인’이라는 판단기준을 적용한 것이라는 비판에서 자유롭기 어렵다.⁴⁾

종래 판례의 이러한 경향과는 달리, 대법원 2011. 6. 9. 선고 2011두3944 판결에서는 “업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 하여 판단하여야 한다는 것이 대법원의 확립된 판례이므로, 망인이 우울증을 앓게 된 데에 망인의 내성적이고 소심한 성격 등 개인적인 취약성이 영향을 미쳤다고 하더라도, 업무상의 과로나 스트레스가 그에 겹쳐서 우울증이 유발 또는 악화되었다면 업무와 우울증 사이에 상당인과관계를 인정함에 아무런 지장이 없다”고 판단하여 자살의 경우에도 업무와 자살 사이의 상당인과관계가 있는지 여부를 동일하게 근로자 본인을 기준으로 판단해야 한다고 태도를 변경하였는바, 대상판결 또한 “망인의 내성적인 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 영향을 미쳤거나 자살 직전에 환각, 망상, 왜해된 언행 등의 정신병적 증상에 이르지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”고 판시하여 자살의 경우에도 업무와 자살 사이의 상당인과관계는 근로자 본인을 기준으로 해야 한다는 점을 밝히고 있다.

자살을 업무상 재해로 신청한 사례가 2005년의 3건에서 2012년 52건으로 급격하게 증가했다는 최근의 연구보고가 시사하듯⁵⁾, 특유의 장시간 근로와 기업 내 복잡한 인간관계, 이미 상시화된 구조조정의 압박 등으로 우리나라의 근로자들이 겪는 업무상 스트레스의 강도는 멸절할 사람을 미치게 할 만큼 심각하다. 이러한 상황에서 대상판결은 종래 일부 판결들이 업무와 자살 사이의 인과관계를 ‘사회평균인’을 기준으로 판단하여 그 인정 가능성을 부당하게 좁히던 경향에 제동을 걸었다는 점에서 의미가 있다고 생각하며, 법리적으로도 너무나 당연한 판결이다. 다만, 대상판결은 그 결론의 정당성과는 무관하게 자살을 업무상 재해로 인정하기 위하여 반드시 ‘정신적 이상 상태’를 매개로 하여 「업무 → 정신적 이상 상태 → 자살」이라는 이중의 인과

4) 김유나, 앞의 글, p.68.

5) 박창범(2016), 「업무상 과로나 스트레스로 인한 자살과 업무상 재해」, 『경희법학』 제51권 제4호, 경희대학교 법학연구소, p.292.

관계를 요구하는 현행 산업재해보상보험법령의 입법태도가 정당한지 고민에 빠지게 만든다. 자살에 대한 도덕적, 종교적 비난은 잠시 비껴두고, 근로자가 스스로 그 귀한 목숨을 끊었다는 것보다 정신적 이상 상태에 있었음을 강하게 보여주는 증거가 또 있을까? 죽은 사람에게 자기가 미쳤다는 것을 입증하라는 것인가?

» 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

자녀와의 비동거와 육아휴직급여 부정수급 여부

- 대법원 2017. 8. 23. 선고 2015두51651 판결 -

【판결요지】

원고가 멕시코에 체류한 이후의 일정한 기간 동안 육아휴직급여 수급요건을 갖추지 못하였음에도 육아휴직급여를 수령하였음을 이유로 고용보험법 제74조 제1항, 제62조 제3항에 따라 잘못 지급된 육아휴직급여를 징수하는 것은 가능할 수 있어도, 원고가 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 육아휴직급여를 수령하였다고 볼 수는 없다.

대사판결의 사안에서는, 남편이 실직해 홀로 생계를 꾸려나가던 여성 근로자가 아이를 출산한 후 육아휴직을 신청하고 이후 육아휴직급여로 980여만 원을 지급받았는데, 육아휴직기간 동안 실직 중인 남편의 해외사업 가능성을 알아보고 남편의 해외창업 준비를 도와주기 위해 아이까지 함께 멕시코로 가기로 결심하여 아이 명의의 여권 발급 및 항공권 예약까지 하였다. 그러나 아이의 건강 문제 등으로 함께 출국할 수 없게 되자 친정어머니에게 아이를 맡기고 남편과 함께 출국하여 8개월 간 멕시코에 있으면서도 인터넷으로 아이의 기저귀·분유·이유식·의류 등 물품을 구입해 아이에게 보내고 친정어머니와 수시로 아이 양육에 필요한 전화통화를 하며 양육비를 보내는 등으로 양육을 하였으나 귀국 후, 고용노동청으로부터 ‘육아휴직급여 수령 중 아이를 양육하지 않고 해외에 체류했다’는 이유로 육아휴직급여 지급제한처분과 함께 해외체류기간 동안 지급받은 급여의 반환명령 및 추가징수처분을 받았다. 고용노동청은 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하, ‘남녀고용평등법’) 시행령상 영유아와 동거하지 않으면 육아휴직은 종료되므로) 해당 근로자는 거짓 또는 그 밖의 부정한 방법으로 육아휴직급여를 지

- 1) 남녀고용평등법 시행령 제14조(영유아의 사망 등에 따른 육아휴직의 종료) ① 육아휴직 중인 근로자는 그 영유아가 사망하거나 영유아와 동거하지 아니하게 된 경우에는 그 사유가 발생한 날부터 7일 이내에 그 사실을 사업주에게 알려야 한다.
② 사업주는 제1항에 따라 육아휴직 중인 근로자로부터 영유아의 사망 등에 대한 사실

급받은 것이라고 주장했다. 이에 해당근로자는 고용보험심사위원회에 이 처분에 대한 심사를 청구했으나 기각되자 행정소송으로 다투었다.

1심 법원에서는 “어린 아이를 기르는 것을 말하는 육아에는 직접 영유아와 동거하면서 기르는 것뿐만 아니라 불가피한 사정이 있어 실질적으로는 가족 등에게 영유아를 맡기는 등의 방법으로 기르는 것도 포함된다 … 원고는 해외에 체류해 아이와 동거하지 않은 기간에도 실질적으로 어머니를 통해 아이를 양육했다고 봄이 타당하다”, “영유아와 동거하지 않는 경우 육아휴직이 종료된다는 내용을 일반인이 쉽게 알기는 어렵다”, “원고가 단순히 출국을 목적으로 육아휴직을 한 것으로도 보이지 않는 점 등에 비춰 부정확한 방법으로 육아휴직급여를 받았다고 볼 수 없다”는 등 이유로 자녀와 동거하지는 않았지만 실질적으로 자녀 양육을 책임진 것이어서 육아휴직급여를 받을 수 있다고 하며 원고의 손을 들어주었다.²⁾ 그런데 이에 대해 피고 행정청이 항소하였고, 항소심 판결에서는 실질적 양육에 대한 구체적 판단을 달리 하여, 육아휴직기간 중 8개월 동안 아이를 국내에 둔 채 해외 체류한 것은 영유아와 동거하지 않게 된 경우에 해당하여 육아휴직 종료 사유가 되므로 이 기간에 대해 육아휴직급여를 받은 것은 부정수급이 된다고 하여, 1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다.³⁾ 이에 원고는 다시 불복하여 상고하였고 대상판결은 그 최종결론에 해당된다.

거짓이나 그 밖의 부정확한 방법으로 육아휴직급여를 받은 경우, 그에 대해서는 추후 지급제한, 반환명령, 추가징수라는 제재적 행정처분이 내려지고 (「고용보험법」 제62조, 제73조 제3항, 제74조)⁴⁾ 행위자는 1년 이하의 징역

을 통지받은 경우에는 통지받은 날부터 30일 이내로 근무개시일을 지정하여 그 근로자에게 알려야 한다.

2) 서울행정법원 2014. 6. 26. 선고 2014구합51166 판결.

3) 서울고등법원 2015. 8. 28. 선고 2014누56002 판결.

4) 「고용보험법」 제62조(반환명령 등) ① 직업안정기관의 장은 거짓이나 그 밖의 부정확한 방법으로 구직급여를 지급받은 자에게 지급받은 전체 구직급여의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있고, 이에 추가하여 고용노동부령으로 정하는 기준에 따라 그 거짓이나 그 밖의 부정확한 방법으로 지급받은 구직급여액에 상당하는 액수 이하의 금액을 징수할 수 있다.

② 제1항의 경우에 거짓이나 그 밖의 부정확한 방법이 사업주(사업주의 대리인·사용인, 그 밖의 종업원을 포함한다)의 거짓된 신고·보고 또는 증명으로 인한 것이면 그 사업주도 그 구직급여를 지급받은 자와 연대(連帶)하여 책임을 진다.

③ 직업안정기관의 장은 수급자격자 또는 수급자격이 있었던 자에게 잘못 지급된 구직

또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해질 수도 있어서(「고용보험법」 제116조 제2항) 부정수급인지 아닌지 여부는 당사자에게는 매우 중대한 문제이다. 게다가 부정수급은 제도에 대한 신뢰성을 감소시키고 때로는 제도 자체의 존폐 논란을 유발하기도 하기 때문에 제도의 실효성과 관련해서 부정수급 문제는 대단히 중요한 쟁점이 된다.

육아휴직급여를 받기 위한 전제는 육아휴직이고 육아휴직을 신청하기 위한 가장 중요한 요건은 ‘자녀양육’일 것을 남녀고용평등법에서 명시하고 있다.⁵⁾ 그런데 육아휴직급여의 근거법률인 「고용보험법」에서는 육아휴직급여의 부정수급의 요건으로서 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 급여를 받았을 것을 명시하고 있는데, 육아휴직 근로자가 자녀와 동거하지 않은 것을 육아휴직급여를 지급받은 것에 대한 부정수급에 해당한다고 볼 수 있는 것인지 문제가 된다.

자녀와의 비동거가 육아휴직급여를 지급받은 것에 대한 부정수급이 되는지 아닌지 문제가 되는 이유는, 첫째, 남녀고용평등법 제19조가 육아휴직의 요건으로 자녀 양육을 명시하고는 있지만 양육에 동거가 필수적인지 해당 법문에는 명시되어 있지 않다는 점, 둘째, 육아휴직급여의 근거 법률인 「고용보험법」에서는 육아휴직급여의 부정수급 사유로 자녀와 동거하지 않은 것을 명시한 바 없거니와 자녀와 동거하지 않게 된 경우 그에 대해 고용노동 행정관서에 신고의무를 부여한 바도 없는 점, 셋째, 남녀고용평등법 시행령 제14조에서 육아휴직 종료 사유 중 한 가지로 ‘자녀와 동거하지 않게 되어 이를 사업주에게 통지하고 사업주로부터 근무개시일을 통지받은 경우’를 명시하고 있지만 이 조항으로부터 「고용보험법」상 육아휴직급여의 부정수급의

급여가 있으면 그 지급금액을 징수할 수 있다.

「고용보험법」 제73조(급여의 지급 제한 등) ③ 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 육아휴직급여를 받았거나 받으려 한 자에게는 그 급여를 받은 날 또는 받으려 한 날부터의 육아휴직급여를 지급하지 아니한다. 다만, 그 급여와 관련된 육아휴직 이후에 새로 육아휴직급여 요건을 갖춘 경우 그 새로운 요건에 따른 육아휴직급여는 그러하지 아니하다. 「고용보험법」 제74조(준용) ① 육아휴직급여에 관하여는 제62조를 준용한다. 이 경우 “구직급여”는 “육아휴직급여”로 본다.

- 5) 남녀고용평등법 제19조(육아휴직) ① 사업주는 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)를 양육하기 위하여 휴직(이하 “육아휴직”이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

사유로서 자녀와의 비동거를 도출해내는 것이 법해석상 타당한지 불분명하다는 점 및 이 조항으로부터도 자녀와 동거하지 않게 된 근로자의 고용노동행정관서에 대한 신고의무를 끌어낼 수 없다는 점 때문이다.⁶⁾

우선 어떤 행정작용이 국민의 권리의무에 관련된 것일 경우 그 행정작용의 근거가 되는 하위규범이 상위법으로부터 위임을 받지 않고 새로운 내용을 규정하거나 상위법과 어긋나는 내용을 규정하고 있으면 법률유보의 원칙 및 법률우위의 원칙에 위배되어 곤란하다. 이와 관련하여 육아휴직급여에 대해 살펴보면, 육아휴직급여의 전제가 되는 육아휴직의 종료 사유는 남녀고용평등법 시행령에 규정되어 있는 반면에 육아휴직급여의 요건은 「고용보험법」에 규정되어 있다는 점을 주의해야 한다. 더구나 육아휴직이 육아휴직급여의 전제이기는 하지만, 육아휴직의 법적 근거는 남녀고용평등법 제19조이고, 육아휴직급여의 법적 근거는 「고용보험법」 제70조로서 서로 다르기 때문에 양자는 구별되는 제도라는 점이다. 육아휴직은 휴직이기 때문에 그 본질상 복직의 권리가 내재되어 있는 것이고 동시에 사업주와의 관계에서 요구할 수 있는 것이어서 그 성격은 사회보장 취지가 가미된 노동법적 권리인 것임에 반해 육아휴직급여는 육아휴직 이용 장려라든가 근로관계 종료 예방 등 목적이 있긴 하지만 본질적으로는 고용보험이라고 하는 사회보험을 통해 지급되는 것이고 휴직으로 인한 육아 부담비용 등을 사회연대 차원에서 분산시키기 위한 사회보험수급권이어서 본질적으로는 사회보장법적 권리라는 점⁷⁾이다. 게다가 민간근로자에 있어서 육아휴직을 한다고 해서 반드시 육아휴직급여가 자동적으로 인정되는 것은 아니고 근로자가 고용보험을 관리하고 있는 국가(고용노동행정관서)에 별도의 급여 신청을 할 것을 요구하고 있다는 점 등을 고려한다면, 육아휴직급여의 요건과 육아휴직의 요건이 서로 관련성이 있는 것은 맞지만, 두 가지 제도는 법적 근거와 입법취지가 서로 다른 제도인데다가 육아휴직의 요건과 육아휴직급여의 요건이 서로 다르기 때문에 고용노동행정관서가 육아휴직급여에 대한 부정수급을 판단하는 문제는 신중하게 다루어져야 한다는 것을 알 수 있다.⁸⁾

6) 노호창(2017), 「육아휴직급여에 관한 법적 쟁점의 검토」, 『서울법학』 제25권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, p.113.

7) 김진(2014), 「판결의 법리적 문제 고찰」, 『육아휴직급여 판결을 통해 본 육아휴직급여제도의 현황 및 과제』 토론회 자료집, 서울사회복지공익법센터, p.50.

그런 측면에서 자녀와의 동거를 하지 않은 경우에 육아휴직급여를 지급받은 것에 대해서 육아휴직급여의 실제적 요건이 흠결된 것이라고 판단할 수 있다고 할지라도, 그렇다고 해서 남녀고용평등법 시행령상 육아휴직 종료 사유에 관한 규정이 곧바로 「고용보험법」상 육아휴직급여에 대한 부정수급의 근거가 될 수 있다고 단정할 수는 없는 것이다.⁹⁾ 오히려 남녀고용평등법 시행령 제14조 제1항의 규정은 관련 규정을 체계적으로 해석할 때, 육아휴직이 필요없게 된 근로자로 하여금 원활하게 직장에 복귀할 수 있도록 사업주에게 강제하는 것으로 보는 것이 타당하고, 결정적으로 모법인 남녀고용평등법 제19조에서 육아휴직의 종료 사유를 시행령에 위임한 바 없다는 점도 주목해야 한다. 그러므로 만약 남녀고용평등법 시행령 제14조 제1항에서 육아휴직 종료 사유로 규정된 ‘영유아와 동거하지 않게 된 경우’를 육아휴직급여를 지급받은 것에 대한 부정수급의 근거로 적극적으로 해석할 수 있으려면 최소한 자녀와의 비동거 자체를 육아휴직의 근거 법률인 남녀고용평등법에서 육아휴직 불가사유로 규정하고 있었어야 한다. 따라서 남녀고용평등법 시행령 제14조 제1항의 ‘영유아와 동거하지 않게 된 경우’에 대해서는 그 취지를 굳이 육아휴직을 하지 않아도 되는 근로자로 하여금 사업장에 원활하게 복귀하도록 하기 위한 규정으로 보는 것이 타당하지 이 규정이 육아휴직의 적극적 종료 사유로 해석되어 육아휴직급여의 부정수급의 근거로 전용되는 것은 타당하지 않다.¹⁰⁾

만약 영유아와 동거하지 않게 된 경우가 육아휴직급여의 부정수급의 사유가 될 수 있으려면, 자녀와의 비동거가 남녀고용평등법 시행령 제14조의 표제처럼 ‘영유아의 사망 등에 따른 육아휴직의 종료’에 해당하는 것으로 평가될 수 있거나 남녀고용평등법 시행령 제13조에서 규정한 육아휴직 철회 사유에 해당하는 ‘영유아 사망’, ‘양자인 영유아의 파양 또는 입양취소’, ‘육아휴직을 신청한 근로자가 부상, 질병 또는 신체적·정신적 장애나 배우자와의 이혼 등으로 해당 영유아를 양육할 수 없게 된 경우’와 동등하게 평가될 수 있어야 할 것이다.¹¹⁾ 그러므로 현행 법령하에서 자녀와 동거하지 않은 것

8) 노호창(2017), 앞의 글, p.113.

9) 김근주(2015), 「육아휴직 중 영유아와 동거하지 아니하게 된 경우 부정수급 해당성」, 『노동법학』 제56호, 한국노동법학회, pp.346~347.

10) 김근주(2015), 위의 글, pp.347~348.

을 부정수급 사유로 삼으려면 만연히 비동거 그 자체를 자녀를 양육하지 않는 것으로 보아서는 아니 되고¹²⁾ 실질적으로 처음부터 양육할 의사가 전혀 없이 금전 기타 다른 목적으로 육아휴직을 하였다는 점을 밝혀야 할 것이다. 동거를 하더라도 양육이 아니라 학대이거나 방치인 경우도 존재하고 또한 적어도 현행 법령상으로는 양육한다고 해서 반드시 동거가 전제되어야 한다고 해석하기는 쉽지 않기 때문이다.¹³⁾

그렇다면 남녀고용평등법 시행령상의 육아휴직 종료 사유 중에 자녀와 동거하지 않게 된 것을 일률적으로 육아휴직급여의 부정수급으로 연결짓는 것은 곤란하고, 남녀고용평등법에서 양육이라고만 명시하고 있는 이상 동거 여부를 부정수급의 핵심적인 표지로 삼아서도 곤란하다. 양육의 방식에 대한 일률적인 기준이 있는 것도 아니고 관련 법해석이 명확히 정리된 바도 없으며 자녀와 동거하지 않게 되었다고 하여 반드시 고용노동행정관서에 신고해야 하는 것도 아니고 신고의무를 도출하기도 어렵기 때문이다.

대상판결은 관련 법령의 체계나 문언 그밖에 제도의 취지 등을 종합적으로 살펴 부모는 자녀의 양육에 적합한 방식을 적절하게 선택할 수 있고 자녀의 사정에 따라 다양한 방식으로 양육이 이루어질 수 있다는 점, 육아휴직 대상 자녀를 국내에 두고 해외에 체류한 경우에도 그것이 양육에 해당하는지에 대해서는 육아휴직자의 양육의사·체류장소·체류기간·체류목적·육아휴직 전후의 양육의 형태와 방법 및 정도 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다는 점, 부정수급이라 함은 급여를 지급받을 수 없음에도 불구하고 자격을 가장하거나 자격이 없다는 점 등을 감추기 위하여 행하는 일체의 부정행위로서 급여 지급에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적·소극적 행위라는 점, 부정수급은 지급제한·반환명령·추가징수의 대상이 되고 형사처벌의 대상이 되는 점, 수급자에게 잘못 지급된 급여가 있으면 이를 징수할 수 있는 별도의 반환명령에 관한 규정이 있는 점 등을 고려하여 부정수급이 되기 위해서는 허위·기만·은폐 등 사회통념상 부정이라고 할 만한 행위가 있어야 하고 단순히 요건이 갖추어지지 않았

11) 김근주(2015), 앞의 글, p.348.

12) 구미영(2014), 「육아휴직급여 반환명령의 정당성」, 『월간 노동리뷰』 2014년 10월호, 한국노동연구원, p.93.

13) 노호창(2017), 앞의 글, p.114.

음에도 급여를 수령한 경우까지 부정수급으로 볼 수는 없다고 하였다.

대상판결은 원고가 법령상 요구되는 서식에 사실대로 작성하여 급여 신청을 하였고, 법령상 자녀와 비동거하게 되는 경우가 급여 제한 사유로 명시된 바도 없으며, 육아휴직자에게 이런 사정이 생기는 경우 고용노동행정관서가 원고에게 급여 제한이 될 수 있다는 점을 알려준 바도 없고 달리 신고를 요청한 바도 없으며, 원고가 처음부터 해외출국만을 목적으로 육아휴직을 신청한 것도 아니라는 점 등을 인정하여, 원고가 자녀와 동거하지 않고 해외에 체류하게 된 기간 동안 급여를 받은 것이 육아휴직급여의 요건에 부합하지는 않지만 그렇다고 해서 부정수급에 해당하는 것은 아니라고 판단하였다.

요컨대, 부정수급의 인정여부에 대한 대상판결의 판단은 신중한 입장에서 타당하게 이루어졌다고 평가할 수 있다. 다만, 대상판결은 실질적 양육의 의미가 무엇인가라든가 양육에 있어서 동거가 가지는 법적 가치 그밖에 동거 의무의 정도에 대한 판단기준 등은 제시하지 않았는바, 이러한 부분까지 세심하게 지적해 주었다더라면 향후 육아휴직급여의 정책운영에 더욱 도움이 되었을텐데, 그러한 판단에 대해서는 회피해 버렸다는 점에서 아쉬움이 있다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 원고의 행위가 부정수급은 아니라고 하였고 기 때문에, 원고가 부정수급을 했다는 오명에서 벗어날 수 있게 되었고 추가 징수나 추후 지급제한처분에서도 벗어날 수 있게 되었다는 점만으로도 충분히 의미있는 판결이라고 본다. 그러나 오해하면 안 되는 것이, 대상판결에서 원고가 부정수급을 한 것은 아니지만 그렇다고 해서 원고가 해외체류한 기간에 대해 지급받은 육아휴직급여가 요건에 맞는 것도 아니었기 때문에 그 기간에 대해 지급된 것은 잘못 지급된 것이므로 그 부분에 대한 반환만큼은 정당하다고 보는 점이다.

» 노호창(호서대학교 법경찰행정학부 교수)

산재보험금 부정수급과 부당이득의 징수

- 대법원 2017. 8. 29. 선고 2017두44718 판결 -

【판결요지】

산재보험법 제84조(부당이득의 징수) 제1항에 따라 근로복지공단은 보험급여를 받은 자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받은 경우 등 부당이득을 얻은 경우 급여액의 2배에 해당하는 금액 또는 급여액에 해당하는 금액을 징수하여야 한다. 다만 산재보험법 제90조(요양급여 비용의 정산)에 따라 근로복지공단이 수급권자에게 요양급여를 지급한 후 그 지급결정이 취소된 경우로서 그 지급한 요양급여가 국민건강보험법 등에 따라 지급할 수 있는 건강보험요양급여 등에 상당한 것으로 인정되면 공단은 그 건강보험요양급여 등에 해당하는 금액을 국민건강보험공단 등에 청구할 수 있는 바, 이에 따라 근로복지공단이 수급자로부터 징수할 금액에서 공제할 대상은 국민건강보험공단 등에 청구하여 ‘실제로 수령한 전보급여액에 해당하는 금액’이다.

「산업재해보상보험법」(이하, ‘산재보험법’) 제84조는 산재보험급여를 받은 자가 1) 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보험급여를 받은 경우, 2) 수급권자 또는 수급권이 있었던 자가 ① 장애보상연금, 유족보상연금, 진폐보상연금 또는 진폐유족연금을 받을 권리가 있는 자가 필요한 사항을 근로복지공단에 신고하지 않거나, ② 수급권자 및 수급권이 있었던 자가 수급권의 변동과 관련된 사항을 근로복지공단에 신고하지 않거나, ③ 수급권자의 사망에도 불구하고 신고의무자가 그 사망 사실을 근로복지공단에 신고하지 아니하여 부당하게 보험급여를 지급받은 경우, 3) 기타 잘못 지급된 보험급여가 있는 경우에는 그 급여액에 해당하는 금액(단, 위 1)의 경우에는 급여액의 2배에 해당하는 금액)을 징수하도록 하고 있다. 부정수급을 방지하는 한편, 부정수급이 발생한 경우 수급권자의 부당이득을 환수하기 위한 조치이다. 이 징수권은 특별한 사정이 없는 한 근로복지공단이 보험급여를 지급한 날부터 3년이 지나면 소멸한다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두3880 판결).

한편 산재보험 수급권자가 보험급여를 받는 경우 「국민건강보험법」 또는 「의료급여법」에 따른 요양급여에 대한 수급권도 동시에 발생할 수 있다. 특히 산재보험법상의 요양급여에는 부상 또는 질병에 대한 진찰 및 검사, 약제 또는 진료재료와 의지(義肢) 그 밖의 보조기의 지급, 처치, 수술, 재활치료, 입원, 간호 및 간병, 이송 등의 행위가 포함되는 바, 이러한 요양급여는 「국민건강보험법」 제41조의 요양급여 및 「의료급여법」 제7조의 의료급여와 동일하다. 따라서 산재보험법은 업무상 재해를 입은 근로자가¹⁾ 업무상 재해에 대한 인정을 받아 산재보험법상의 요양급여 결정을 받기 전까지 신속하게 재해로부터 복구될 것 및 중복수급의 문제를 피하기 위해 제42조에서 건강보험 또는 의료급여 우선적용 규정을 두고 있다. 즉 업무상 재해를 입고 요양급여를 신청한 근로자는 근로복지공단이 산재보험법에 따른 요양급여에 관한 결정을 하기 전에는 「국민건강보험법」상 요양급여 또는 「의료급여법」상 의료급여(이하, ‘건강보험 요양급여 등’이라고 함)를 받을 수 있도록 하는 한편, 이에 따라 건강보험 요양급여 등을 받은 자가 「국민건강보험법」 등에 따른 본인 일부 부담금을 산재보험 의료기관에 납부한 후 산재보험법에 따른 요양급여 수급권자로 결정된 경우에는 그 납부한 본인 일부 부담금 중 요양급여에 해당하는 금액을 공단에 청구할 수 있도록 하는 제도를 두고 있다. 그리고 산재보험법 제90조 제1항에 따라, 업무상 재해를 입은 근로자에게 「국민건강보험법」에 따라 국민건강보험공단 또는 (「의료급여법」에 따라 시장, 군수 또는 구청장(이하, ‘국민건강보험공단 등’이라고 함)이 수급권자에게 건강보험 요양급여 등을 우선 지급하고 그 비용을 청구하면, 근로복지공단은 그 요양급여 등에 해당하는 급여를 지급할 수 있다.

그런데 산재보험법 제90조 제2항에 따라 근로복지공단이 수급권자에게 보험급여를 지급한 후 산재보험법 제84조 제1항 각 호가 규정하는 것과 같은 부당이득 징수사유가 발생함으로써 지급결정이 취소된 경우, 근로복지공단은 그 지급한 요양급여가 「국민건강보험법」 등에 따라 지급할 수 있는 건강보험 요양급여 등에 상당한 것으로 인정되면 해당 금액을 국민건강보험공단

1) 편의상 ‘근로자’라고 표현하기는 하였지만, 이것은 「근로기준법」상의 근로자만을 의미하는 것은 아니고 각종 특례규정에 의하여 산재보험법이 적용되는 자들(중소기업사업주, 현장실습생, 특수형태근로종사자 등)을 모두 포함하는 의미로 사용하였다. 즉 여기에서의 근로자는 산재보험법상 근로자로 간주되는 모든 자들을 포함한다.

등에 청구할 수 있다. 이 규정의 의미는 요양급여에 대한 1차적인 의무자가 국민건강보험공단에 있음을 나타내는 것인데, 근로자에게 적용되는 산재보험법상 보험급여가 취소되더라도 「국민건강보험법」상 요양급여권은 취소되지 않을 수 있으므로 산재보험법에 따라 근로복지공단이 의료기관에 지급한 요양급여에 대한 부담분을 국민건강보험공단이 부담하게 되는 것이다. 특별법과 일반법의 관계로 이해하면 충분하다. 대신 산재보험법상 보험급여권이 취소되지 않으면 「국민건강보험법」 제53조 제1항 제4호에 기초하여 「국민건강보험법」상 요양급여는 제한된다. 그러므로 산재보험법에 따라 보험급여를 받은 수급권자의 보험급여권이 취소된 경우, 근로복지공단은 지급된 보험급여액 중 국민건강보험공단이 부담했어야 할 요양급여에 관한 부분을 국민건강보험공단에게 청구할 수 있고, 보험급여를 받았던 근로자로부터 징수할 금액은 국민건강보험 수급권자로서의 근로자가 받았어야 할 건강보험 요양급여액을 제외한 부분이 되는 것이다.

검토대상 사건에서 제기되었던 문제 중 하나는, 근로복지공단이 근로자에게 징수할 부당이득 징수액이 국민건강보험공단 등에 청구하여 받은 금액에 국한되는 것인가, 아니면 아직 지급받지는 못했지만 향후 국민건강보험공단 등에 청구하여 받을 수 있는 금액까지도 포함되는 것인가 하는 것이다. 이 문제가 요양급여 취소결정을 받은 근로자에게 중요한 것은 산재보험법 제84조 제1항에 따라 보험급여 지급결정이 취소되는 경우 근로자는 지급된 보험급여액 전부 또는 2배에 해당하는 금액을 징수 당하게 되는 바, 근로복지공단이 국민건강보험공단 등에 청구하여 “받을” 금액까지 추징금으로부터 공제를 받을 수 있게 된다면 그만큼 근로자는 이익을 얻을 수 있게 되기 때문이다. 만약 “받을” 금액만큼만 추징금으로부터 공제될 경우, 보험급여 취소 결정 당시 근로복지공단이 국민건강보험공단으로부터 받은 것이 없다면 근로자는 근로복지공단으로부터 받은 보험급여액의 전부 또는 2배를 추징당하게 된다. 그런데 이 문제에 대하여 산재보험법문은 비교적 명확하다. 산재보험법 제84조 제1항 단서는 “공단이 … 국민건강보험공단 등에 청구하여 <받은> 금액은 징수할 금액에서 제외한다.”고 규정하고 있기 때문이다.

검토대상 사건에서 제기되었던 다른 문제는 산재보험법 제90조 제2항에 관한 것이다. 산재보험법 제90조 제2항은 “공단이 수급권자에게 요양급여를 지급한 후 그 지급결정이 취소된 경우로서 그 지급한 요양급여가 「국민건강

보험법」 또는 「의료급여법」에 따라 지급할 수 있는 건강보험 요양급여 등에 상당한 것으로 인정되면 공단은 그 건강보험 요양급여 등에 해당하는 금액을 국민건강보험공단 등에 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 요양급여와 관련하여 근로복지공단은 국민건강보험공단에 요양급여액을 청구해야만 하는 것이 아니라 “청구할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 근로복지공단이 보험급여 지급결정을 취소하기 전에 미리 국민건강보험공단으로부터 요양급여액을 청구했던 경우라면 근로자로부터 징수해야 할 금액이 줄어들게 되지만, 그렇지 않았던 경우(즉, 이 사건과 같은 경우)라면 근로자로부터 보험급여액 전액 혹은 2배에 달하는 금액을 징수할 수 있게 되는 것이다. 근로복지공단이 「국민건강보험법」에 따라 국민건강보험공단이 지급할 수 있는 건강보험 요양급여 상당액을 국민건강보험공단에 청구할 수 있음에도 불구하고 청구하지 않으면 근로자가 보험급여를 환수당한 후 별도의 청구절차를 통해 이 금액을 청구해야 하는 수고를 들여야 한다. 그렇게 때문에 근로자로서는 이 규정을 기초로 근로복지공단이 국민건강보험공단으로부터 돌려받지 않은 요양급여액에 대해서까지 환수당하는 것에 대한 이의를 제기할 수 있다. 그러나 산재보험법 제90조 제2항은 근로복지공단의 재량을 인정하고 있고, 이에 기초하여 근로복지공단이 국민건강보험공단으로부터 「국민건강보험법」에 따른 건강보험 요양급여 상당액을 청구하지 않은 것이 재량권 남용이라거나 할 수는 없다.

위와 같이 산재보험급여에 대한 부정수급과 부당이득의 징수에 관한 법리를 이해하다 보면 자연스럽게 한 가지 의문이 발생한다. 산재보험법상의 요양급여나 「국민건강보험법」상의 요양급여 모두 결국은 근로자의 치료비 등 의료기관에 지급된 비용에 관한 것인데 왜 공단 간에서 이 문제를 해결하지 않고 근로자에게 징수하는 조치를 취하는 것일까 하는 점이다. 그 답은 요양급여 시 근로자가 부담해야 하는 비급여 부분의 차이에 있다. 산재보험법에 따른 요양급여 수급의 경우 근로자가 부담해야 하는 비급여 부분은 「국민건강보험법」에 따른 비급여 부분보다 훨씬 적다. 그렇기 때문에 근로자는 국민건강보험제도를 통해서보다는 산재보험제도를 통해 요양급여를 받는 것이 유리하다. 그런데 근로자가 산재보험 수급권을 부정하게 취득하였다면 근로복지공단은 건강보험공단으로부터 「국민건강보험법」상 요양급여분 이외 추가적인 요양급여분을 부담한 것을 근로자에게 징수를 하게 될 수밖에 없는

것이다. 실무상으로는 근로복지공단과 국민건강보험공단의 협의에 따라 건강보험공단이 부담했어야 할 요양급여분 이외 근로복지공단의 추가적 부담분만이 근로자에게 징수되게 된다.

검토대상 판결은 법률 해석상 큰 논쟁거리가 있는 사건은 아니다. 다만 산재보험금 부정수급과 부당이득의 징수와 관련하여 필자를 포함해 보험사무에 익숙하지 않은 사람들이 직관적으로 이해하기 어려운 측면이 있기 때문에 이 부분을 설명하면서 함께 이해해보고자 하였다.

» 박은정(인제대학교 공공인재학부 교수)

육아휴직 급여의 신청에 대한 제척기간과 급여를 받을 권리에 대한 소멸시효

- 서울고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016누81972 판결 -

【판결요지】

근로자는 각 자녀별로 육아휴직을 신청하고 각 자녀별로 육아휴직 급여를 지급받을 수 있으므로, 육아휴직 부여의 요건이나 신청기간을 포함하는 육아휴직 급여지급의 요건 역시 각 자녀에 관한 육아휴직별로 따로 판단하여야 한다. ... 육아휴직 급여를 지급받을 수 있기 위해서는 고용보험법 제70조 제1항의 각 요건 외에도 ‘신청기간 내에 육아휴직 급여를 신청할 것’이라는 절차적 요건도 충족하여야 하는바, 위 신청기간 내에 육아휴직 급여를 신청하지 아니하여 그 요건을 충족하지 못한 수급권자는 더 이상 육아휴직 급여를 지급받을 수 없게 되므로, 신청기간이 경과한 이후에는 위 소멸시효에 관한 규정이 적용될 여지가 없다.

사안에서, 원고는 육아휴직을 사용하고 육아휴직 급여를 청구하였다가 거부된 근로자이고, 피고는 고용노동청이다. 원고는 2013. 1.~2014. 1까지 첫째 자녀에 대하여 육아휴직(1차)을 사용하고 2014. 9.~2015. 6까지 둘째 자녀에 대해서도 육아휴직(2차)을 사용한 후, 2015. 6.에 1차 육아휴직에 대한 육아휴직급여 지급신청을 하였는데, 고용노동청은 1차 육아휴직 종료일로부터 청구기간인 12개월이 경과하였다는 이유로 1차 육아휴직 급여에 대해 불승인 처분을 하였다. 대상판결은, 육아휴직 급여 요건은 각 자녀에 따라 별개로 판단되어야 한다는 전제에서 1차 육아휴직 급여의 신청기간은 1차 육아휴직 종료일로부터 기산되어야 하므로 육아휴직 급여를 신청할 수 있는 기간에 관한 규정이 훈시규정에 불과하다고 볼 수는 없다고 판단하였고, 육아휴직 급여 신청기간을 훈시규정으로 파악하여 원고의 청구를 인용한 1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다.

민간근로자에 있어서, 육아휴직의 법적 근거는 「남녀고용평등과 일·가정양립 지원에 관한 법률」¹⁾이고 육아휴직 급여의 법적 근거는 「고용보험법」²⁾

으로서 양자는 서로 구별되는 제도이다. 특히 육아휴직 급여를 지급받기 위해서는 육아휴직을 30일 이상 부여받은 자가 실업급여 수급요건에 준하는 피보험단위기간 요건 등을 갖춘 경우 육아휴직 시작 이후 1개월부터 종료 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다. 즉 민간근로자에 있어서는 육아휴직을 한다고 해서 반드시 육아휴직 급여가 자동적으로 인정되는 것은 아니고 당사자의 국가에 대한 별도의 신청을 전제로 하는 것을 알 수 있다. 이런 점은 공무원의 육아휴직 및 육아휴직수당과 차이가 있다.³⁾

육아휴직 급여를 지급받을 수 있는 요건은 육아휴직을 신청하여 이를 30일 이상 부여받은 자 중 피보험단위기간 요건(육아휴직 시작 이전에 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상일 것), 같은 자녀에 대하여 피보험자인 배우자가 30일 이상 육아휴직을 부여받지 않거나 육아기 단축근로를 30일 이상 하지 않고 있을 것을 필요로 한다. 육아휴직 급여의 실제적 요건 중 육아휴직 시작 이전에 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상이라는 것의 의미

-
- 1) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조(육아휴직) ① 사업주는 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)를 양육하기 위하여 휴직(이하 ‘육아휴직’이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2010. 2. 4., 2014. 1. 14.>
 - ② 육아휴직의 기간은 1년 이내로 한다.
 - 2) 「고용보험법」 제70조(육아휴직 급여) ① 고용노동부장관은 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조에 따른 육아휴직을 30일(「근로기준법」 제74조에 따른 출산전후휴가기간과 중복되는 기간은 제외한다) 이상 부여받은 피보험자 중 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 피보험자에게 육아휴직 급여를 지급한다. <개정 2007.12.21., 2010.6.4., 2011.7.21., 2012.2.1., 2014.1.21.>
 1. 육아휴직을 시작한 날 이전에 제41조에 따른 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상일 것.
 2. 같은 자녀에 대하여 피보험자인 배우자가 30일 이상의 육아휴직을 부여받지 아니하거나 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조의2에 따른 육아기 근로시간 단축(이하 ‘육아기 근로시간 단축’이라 한다)을 30일 이상 실시하지 아니하고 있을 것.
 3. 삭제 <2011.7.21.>
 - ② 제1항에 따른 육아휴직 급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다. 다만, 해당 기간에 대통령령으로 정하는 사유로 육아휴직 급여를 신청할 수 없었던 사람은 그 사유가 끝난 후 30일 이내에 신청하여야 한다. <신설 2011.7.21.>
 - 3) 공무원의 경우에는 육아휴직과 육아휴직에 대한 금전적 지원에 해당하는 육아휴직수당의 근거가 모두 공무원법 및 동 시행령으로서 그 법적 근거가 동일하고 그 연계성이 매우 강하다고 볼 것이다.

는 자기기여가 있어야 한다는 의미다. 자기기여가 있다는 것은 근로자가 고용보험에 피보험자로 가입되면 매월 자신의 임금에서 일정 비율로 보험료를 납부하게 되고 이 보험료를 재원으로 하여 필요한 급여를 지급하게 된다는 의미가 된다. 현재 육아휴직 급여는 고용보험기금 중 실업급여를 위해 마련된 재원에서 함께 지급되고 있다(「고용보험법」 제6조 참조). 즉 근로자는 자신의 임금에서 일정 비율의 보험료를 실업급여를 위한 재원으로 납부하게 되고 이 재원에서 요건을 갖춘 자에게 육아휴직 급여도 함께 지급되는 구조인 것이다.

원고는 첫째 자녀에 대한 육아휴직 급여와 관련하여 첫째 자녀에 대한 육아휴직이 종료된 후 1년이 지나서야 신청을 하였는데, 원고 입장에서는 육아휴직 급여를 지급받을 권리의 소멸시효가 3년이므로 법령상 자신의 경우 육아휴직 급여의 요건을 갖춘 것으로 판단하였을 것이고 또한 육아휴직 급여는 결국 금전으로 지급되는 것이므로 육아휴직이 종료한 지 3년이 지나지 않은 상황에서는 당연히 육아휴직 급여라는 금전을 받을 권리가 존재하므로 신청기간은 문제되지 않는다고 판단했을 것이다. 이러한 판단은 1심 판결에서도 저변에 깔려 있는 것으로 보이는데, 1심 판결은 육아휴직 급여를 지급받을 권리의 소멸시효가 3년이라는 점을 토대로 하여(「고용보험법」 제107조)⁴⁾ 육아휴직 급여에 대한 신청기간(「고용보험법」 제70조) 규정이 소멸시효 규정을 배제하거나 소멸시효 규정보다 우선한다는 내용이 없다는 점, 고용보험기금의 재정적 안정이라는 사정이 급여지급청구권의 행사를 제한할 특별한 사정이라고 보기 어렵다는 점, 육아휴직 급여 제도의 취지에 비추어 볼 때 육아휴직 급여의 요건이나 신청기간을 최대한 근로자에게 유리하게 해석하는 것이 제도의 취지에 부합한다는 점 등에 비추어 볼 때, 신청기간에 대해 훈시규정으로 판단하고 원고의 청구를 인용하였던 것이다. 그런데 사실 법원 스스로가 법률상 명시된 신청기간에 대해 훈시규정이라고 판단한 경우는 매우 이례적이라고 할 수 있을 것 같은데, 그만큼 육아휴직 급여를 받을 권리의 절차적 측면과 실제적 측면은 서로 밀접하게 착종되어 있어 분리해서 판단하는 것이 쉽지 않다는 방증이 될 것 같다.

4) 「고용보험법」 제107조(소멸시효) ① 제3장부터 제5장까지의 규정에 따른 지원금·실업급여·육아휴직 급여 또는 출산전후휴가 급여등을 지급받거나 그 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.

우선, 육아휴직 급여의 규정 내용을 보면 “고용노동부장관은 … 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 피보험자에게 육아휴직 급여를 지급한다”로 되어 있다. 이는 국가 권능에 대한 권한(Kompetenz) 규정이라고 할 수 있다. 따라서 법 규정에 비추어 보면, 당사자가 요건을 갖추는 경우에 비로소 국가는 급여를 지급할 의무를 지게 되고 당사자는 급여를 청구할 권리를 가지게 된다. 이처럼 국가에 대하여 국민이 자신의 이익을 위하여 일정한 행위를 요구할 수 있도록 공법상 개인에게 부여되어 있는 법적인 힘을 개인적 공권(個人的公權) 혹은 주관적 공권이라고 한다. Ottmar Bühler의 이론에 따르면 개인적 공권이 성립하기 위해서는 3가지 요건이 필요하다고 한다. 첫째, 강행법규 내지는 기속규정에 의한 행정의 의무가 존재해야 한다. 둘째, 사익보호성이 존재해야 한다. 셋째, 재판상 청구가 가능해야 한다.⁵⁾

육아휴직 급여의 규정에서도 당사자가 요건을 갖추는 경우, 법규의 기속성에 따라 행정의 의무가 생기고, 육아휴직 급여를 지급받음으로써 직장과 가정의 양립지원에 도움을 받으므로 사익보호성도 존재하고, 국가를 상대로 급여 지급청구를 하였는데 거부 혹은 부작위가 존재하는 경우 행정쟁송으로 다룰 수 있으므로, 주관적 공권의 세 가지 요건이 모두 인정되고 육아휴직 급여를 받을 권리는 주관적 공권으로 인정될 수 있다는 점을 알 수 있다. 다만 이러한 권한 규정에 따라 국가가 국민에게 급여를 지급할 의무가 있는지에 대해서는 당사자가 권리를 가질 자격이 있는지 여부에 대한 국가 자신의 확인이 필요한데, 국가의 이러한 확인행위를 발동시키기 위해서는 당사자의 신청이 먼저 필요하다.

다음으로 육아휴직 급여를 받을 권리가 금전을 지급받는 권리라는 점에 착안하여 권리의 법적 성격에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면, 육아휴직 급여는 결국 금전으로 지급받는 것이라는 점에서 급여를 받을 권리는 재산권적인 성격이 있는 것은 아닌지 문제가 되는데, 재산권이라고 한다면 3년의 소멸시효 규정을 통해 보호받을 여지가 없는 것은 아닐지 고민의 여지가 있고 또한 헌법상의 재산권 규정에 의한 보호도 논의될 수 있기 때문이다.

5) Ottmar Bühler의 이론은 공권의 성립에 관하여 독일행정법에서 일반적으로 되어 있다. 김동희(2016), 『행정법 I』 제22판, 박영사, pp.89-90; 박정훈(2006), 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, p.190.

헌법재판소는 “헌법 제23조의 재산권은 민법상의 소유권뿐만 아니라, 재산적 가치 있는 사법상의 물권, 채권 등 모든 권리를 포함하며, 또한, 국가로부터의 일방적인 급부가 아닌 자기 노력의 대가나 자본의 투자 등 특별한 희생을 통하여 얻은 공법상의 권리도 포함한다. 헌법재판소는 공법상의 권리가 헌법상의 재산권 보장의 보호를 받기 위해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다고 판시하였는데, 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며[사적 유용성], 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며[수급자의 상당한 자기기여], 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다는 것이다[생존확보]. 따라서 사회부조와 같이 국가의 일방적인 급부에 대한 권리는 재산권의 보호대상에서 제외되고, 단지 사회법상의 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하는 경우에 한하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 보호받아야 할 공법상의 권리가 인정된다. 즉 공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법치국가원리에 반하는 경우에 한하여, 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함된다는 것이다(헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정, 판례집 12-1, 913, 948-949 참조)”라고 판시하고 있다.⁶⁾

헌법재판소의 이러한 견해를 따른다면 육아휴직 급여를 받을 권리 역시 재산권의 성격을 가진다고 볼 수 있다. 왜냐하면 첫째, 피보험자인 근로자의 고용보험료 납부라는 자기기여가 있고, 둘째, 육아휴직 급여는 근로자에게 귀속되어 이용되며, 셋째, 육아휴직 급여는 근로자의 직장가 가정의 양립지원, 즉 생존확보에 기여하기 때문이다. 육아휴직 급여의 이러한 재산권적 성격은 국가의 조세를 통해 필요한 자에게 지급되는 보조금 기타 지원과 성격이 매우 다르다.

6) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌마1092 결정. 다만 재산권성 인정의 3가지 기준과 관련해서는 독일의 논의를 우리 헌법 해석에 대한 심층적인 검토 없이 무분별하게 차용한 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 왜냐하면 이러한 3가지 기준은 어디까지나 공법상 권리로서 사회보험수급권 중 하나인 연금수급권에 대해 재산권적 보호를 인정하기 위해 등장한 것이기 때문에 그 밖의 다른 공법상 권리들에도 동일적으로 적용 가능한 보편타당한 기준이 된다고 하기는 어렵기 때문이다.

한편 재산권의 범주는 민사상의 소유권과 같은 강력한 권리에서부터 사회보험법상의 수급권 기타 공법상의 탄소배출권, 주파수이용권 등 폭넓게 퍼져 있고 권리구제의 방법 역시 민사소송에서부터 행정소송(항고소송, 당사자소송 등)에 이르기까지 다양하다. 또한 재산권을 ‘본래 존재하던 물건(物件)에 대한 보장을 의미하는 재산권’과 ‘사회적 필요에 의해 제도화된 것에 대한 보장을 의미하는 재산권’으로 구분할 때, 민법상의 소유권 같은 권리가 전자에 속한다면, 육아휴직 급여를 받을 권리는 후자에 속한다고 볼 수 있다. 다만, 고용보험이 사회보험이라는 본질적 성격상 사회연대 원리가 가미되어 있기 때문에 일반적인 사보험처럼 위험에 비례하여 보험료가 징수되는 것은 아니고 기여와 급여 간에 엄격한 비례의 원칙이 적용된다고 보기도 어렵기 때문에, 육아휴직 급여를 받을 권리가 민법상의 소유권이나 사보험에서의 급여청구권이 가지는 만큼의 강력한 재산권성을 가진다고 단정하기는 어려울 수도 있겠다. 그렇지만, 육아휴직 급여를 받을 권리의 성격이 재산권적 성격을 가진다는 것은 육아휴직 급여에 대한 제한이나 변경, 축소 그밖에 법령 개정 등에 있어서 그만큼 더 엄격한 요건하에서 판단되어야 한다는 헌법적 요청이 존재한다는 함의를 가지게 된다.

그런데 여기서 육아휴직 급여를 받을 권리가 재산권적인 성격을 가진다고 할지라도 재산권의 성격이 있다는 의미를 곧바로 그 권리가 민사상 권리라는 의미로 보아서는 안 되고 권리의 성격을 공권(公權)에서 사권(私權)으로 변경시키는 것도 아니라는 점을 주의해야 한다. 따라서 「고용보험법」상의 육아휴직 급여를 받을 권리가 헌법재판소가 제시한 재산권 요건의 3요소인 자기기여, 사적 유용성, 생존확보라는 기준을 충족하기 때문에 재산권적 성격을 가진다고 할지라도 이런 점이 민사상 재산권이 된다는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐하면 육아휴직 급여를 받을 권리가 재산권성을 가진다 해도 국가를 상대로 신청을 전제로 하지 않고 청구한다든가 하는 것은 불가능하고 따라서 소송상으로도 민사소송으로 청구할 수는 없기 때문이다. 또한 신청을 통해서 혹은 항고소송을 통해서 구체적으로 권리가 확인되기 전에는 민사소송에 준하는 성격을 가진 당사자소송으로 청구할 수도 없기 때문이다.

재판의 준거가 되었던 「고용보험법」 규정을 다시 살펴보면, 동법 제70조 제2항에서 “육아휴직 급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다”고

규정하고 있고, 동법 제107조에서 “육아휴직 급여를 지급받거나 그 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다”고 규정하고 있다. 각 규정의 내용을 종합적으로 보면, 육아휴직 급여 신청권이라고 하는 절차적 권리는 육아휴직 종료 후 12개월을 제척기간으로 가지는 것으로 보이고, 육아휴직 급여를 받을 권리라고 하는 실체적 권리는 육아휴직 급여를 받을 권리가 존재한다는 것이 확정되어야 3년을 소멸시효로 가지는 것임을 알 수 있다. 즉, 육아휴직 급여의 신청부터 실제 지급받을 때까지의 구조를 보면, 첫째, ‘실체적 권리의 자격 여부에 대한 판단을 신청하는 절차’, 둘째, ‘권리의 자격 여부에 대한 판단’, 셋째, ‘자격이 있다고 판단된 후 그 액수를 결정하는 판단’이라고 하는 3단계 구조를 거치는데, 여기서 첫째 단계의 절차는 1년의 제척기간에 걸리기 때문에 첫째 단계를 거치지 않고 육아휴직 종료 후 1년이 도과해버리면 나머지 단계는 거칠 수가 없는 것이다. 그러므로 만약 육아휴직 종료 후 12개월 이내에 육아휴직 급여를 신청한 적이 없었던 근로자라면, 이후에는 육아휴직 급여를 신청하는 것이 불가능할 것이다. 왜냐하면, 권리의 자격 내지 존부 확인 절차에 진입할 수 있는 절차적 권리 자체를 제척기간 도과로 상실한 상황이기 때문이다. 게다가 육아휴직 급여를 받을 권리는 국가를 상대로 신청을 전제로 하는 권리이므로 처음부터 민사소송을 통해서 다투거나 민사소송에 준하는 공법상 당사자소송을 통해서 다툴 수도 없다. 왜냐하면 제척기간 내에 신청이 없었다면 권리의 자격 내지 존재 여부에 대한 확인 자체가 없었던 것이기 때문이다. 권리의 성격이 재산권적 성격을 가진다고 해도 다르지 않다.

육아휴직 급여에 관한 절차적 요건과 실체적 측면을 구별하여 판단한 대 상관결의 논리와 결론은 타당하지만, 그럼에도 불구하고 법제도적 측면에서 육아휴직 급여의 신청기간에 대해 평가해보면 아이러니한 면이 있는 것도 사실이다. 왜냐하면, 자녀를 출산한 후 양육하여 노동시장의 구성원으로 성장시킴으로써 최종적으로 이익을 누리는 주체는 국가이므로, 만일 육아휴직 급여의 모든 재원을 국가가 지급하는 것이라면 그에 대해 절차적 제한을 합리적인 범위에서 설정하는 것 자체가 문제가 될 수 없겠으나, 지금 현재 육아휴직 급여를 위한 재원은 근로자의 실업에 대비하여 노사가 각출하는 실업급여를 위한 기금에 기대고 있는 것이어서, 육아휴직 급여에 대한 신청기간을 통한 절차적 제한이 마치 ‘남의 돈을 가지고 생색내면서 동시에 남의

돈이 고갈되지 않도록 관리'하는 형국이기 때문이다. 게다가 육아휴직 급여의 실제적 측면을 보자면, 육아휴직 급여의 실제적 요건 자체가 일정한 기간 이상의 자기기여를 요구하고 있고 육아휴직 급여 자체가 당사자에게 지급되면 생존에 기여하고 당사자의 사적 처분 권한 내에 들어오기 때문에 재산권성을 가질 수 있음에도 불구하고 고용보험재정 유지라는 미명하에 절차적 측면에서 1년밖에 신청기간을 두지 않고 있는 것은 육아휴직 근로자의 재산권에 대한 제한이라는 관점에서 볼 때 과도한 제한은 아닌지 검토의 여지가 있다. 물론 육아휴직 급여와 관련하여 근로자의 재산권성이 인정될 수 있다고는 하여도 본래 실업급여를 위한 재원에 육아휴직 급여를 위한 재원을 기대고 있기 때문에 육아휴직 급여를 실업급여 기금에서 지급한다는 것은 자녀가 없는 근로자를 차별하는 면이 분명히 존재하므로 '어차피 문제 있는 제도인데 절차적 제한을 가하는 것이 무슨 대수냐'라고 생각할 수 있을지도 모르겠으나, 결국은 이러한 모든 문제의 시작은 국가 자신이 책임져야 할 재원을 노사에 전가시키고 있기 때문에 발생한 것이므로 현행 입법에 대해 무조건 옹호할 것도 아니라고 본다. 어쨌거나 현행 입법 상태에서는 절차적 요건을 무시할 수 없는 것이므로 육아휴직을 사용하는 근로자에 대하여 육아휴직 급여를 지급받을 수 있는 권리의 신청기간을 비롯한 절차에 대한 안내가 기업 차원에서든 국가 차원에서든 보다 강화될 필요는 있다고 본다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학부 교수)

육아휴직 급여 신청기간의 해석

- 서울고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016누81972 판결 -

【판결요지】

육아휴직 급여를 지급받을 수 있기 위해서는 고용보험법 제70조제1항의 각 요건 외에도 ‘신청기간 내에 육아휴직 급여를 신청할 것’이라는 절차적 요건도 충족하여야 하는바, 위 신청기간 내에 육아휴직 급여를 신청하지 아니하여 그 요건을 충족하지 못한 수급권자는 더 이상 육아휴직 급여를 지급받을 수 없게 되므로, 신청기간이 경과한 이후에는 위 소멸시효에 관한 규정이 적용될 여지가 없다.

이 사건 원고는 2013년 1월 15일부터 다음해 1월 14일까지 첫째 자녀에 관한 육아휴직을 실시하고, 전체 육아휴직 기간 중 2013년 1월 15일부터 같은 해 3월 14일까지의 기간에 대해서는 육아휴직 급여를 신청하여 해당 급여를 지급받았으나, 나머지 기간에 대해서는 급여 신청을 하고 있지 않다가 2015년 6월 30일에 비로소 급여 신청을 하였는데, 이에 대해 행정관청이 육아휴직 종료일로부터 청구기간인 12개월이 경과하였다는 이유로 원고의 신청을 불승인하는 처분을 하자 이에 대한 취소를 구한 사건이다. 육아휴직 급여 불승인 처분에 대한 원고의 주장은 고용보험법 제107조에서 육아휴직 급여 지급청구권의 소멸시효를 3년으로 규정하고 있으므로 소멸시효 완료 전에 이루어진 자신의 급여 신청을 청구기간 도과라는 이유로 불허한 이 사건 처분은 위법하다는 것이었다. 육아휴직 급여와 관련하여 우리 고용보험법은 제70조 제2항에서 급여 청구와 관련하여 육아휴직 급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다고 규정하고 있다. 아울러 동법 제107조에서는 육아휴직 급여를 지급받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다고 규정하고 있다. 이와 같은 고용보험법상 육아휴직 급여 지급 관련 규정에 대해 원고는 법 제107조에 따라 육아휴직 급여 청구 소멸 시효는 3년이므로 해당 기간이 도래하지 않은 시점에서 자신의 청구는 유효하다는 입장인 반

면, 행정관청은 법 제70조에 따라 육아휴직 급여 청구기간이 도과되어 청구할 수 없다는 입장인 것이다.

이에 대해 1심 판결(서울행법 2016. 11. 24. 선고, 2016구다60150 판결)은 “① 청구기간 규정에서 소멸시효 규정을 배제한다거나 청구기간 규정이 소멸시효 규정보다 우선적으로 적용된다는 등의 특별한 규정을 두고 있지 않은 점, ② 고용보험법 제70조 규정은 육아휴직 급여의 요건과 절차, 구체적인 금액 등을 구체화하기 위한 규정일 뿐 그 청구권의 시효를 정하기 위한 규정은 아니고 이를 언급하고 있지도 않은 점, ③ 소멸시효 제도는 민사법의 근간을 이루는 대원칙 중 하나로서 적어도 소멸시효기간 이내에서는 자신의 권리가 소멸하지 않는다는 신뢰가 충분히 형성되어 있는 점, ④ 특별한 사정이 있는 경우 권리가 존재함에도 행사가 제한될 수 있기는 하나 보험기금의 재정적 안정이라는 사정은 급여지급청구권의 행사를 제한할 특별한 사정이라고 보기 어려운 점, ⑤ 이미 지급한 급여 등을 반환받을 권리에는 3년의 소멸시효를 적용하면서 이와 대척점에 있는 급여를 지급받을 권리에는 사실상 1년의 소멸시효를 적용하는 것은 형평에 반하는 점, ⑥ 근로자와 모성을 보호하고 출산을 장려하며 근로자가 급여 중단이라는 경제적인 이유로 육아휴직을 기피하지 않도록 하기 위한 육아휴직 급여 제도 취지에 비추어 볼 때 육아휴직 급여의 요건이나 신청기간을 관계 법령이 허용하는 범위 내에서 최대한 근로자에게 유리하게 해석하는 것이 위 제도의 취지에도 부합하는 점 등의 여러 사정들에 비추어 볼 때 고용보험법상의 청구기간 규정은 혼시규정으로 보는 것이 타당하고, 이를 소멸시효 규정보다 우선적으로 적용되는 특별규정으로 볼 수는 없다.”고 판단하여 육아휴직 급여 청구권 소멸시효가 도과되지 않아 청구가 가능하다는 원고의 주장을 받아들였다. 반면, 대법판결에서는 “고용보험법 등 관계 법령의 규정 내용, 입법취지와 개정 경과, 그 형식 및 체제, 육아휴직 급여 등의 의미나 성격 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 규정은 육아휴직 급여를 지급받기 위한 절차적 요건을 규정한 것으로, 피보험자 중 고용보험법 제70조제1항의 각 요건을 갖추고 이 사건 규정에 따라 정하여진 신청기간 내에 육아휴직 급여의 지급 신청을 한 자에 한하여 육아휴직 급여를 지급받을 수 있으며, 신청기간을 넘겨 이루어진 육아휴직 급여 신청은 그 절차적 요건을 충족하지 못한 것이므로 행정청의 부지급 처분이 이루어지게 된다. 이와 달리 이 사건 규정을 단순히 혼시

규정에 불과한 것으로 해석할 수는 없다.”고 판단하여 법 제70조 제2항에서 정하고 있는 신청기간을 육아휴직 급여 청구를 위한 절차적 요건으로 해석하여 이를 결한 원고의 청구에 대한 행정관청의 부지급 처분이 정당한 것으로 판단하였다.

1심과 대법판결의 결론이 달라진 가장 결정적인 이유는 고용보험법 제70조 제2항에서 정하고 있는 육아휴직 급여 청구기간 규정에 대한 해석의 차이라고 할 수 있다. 1심은 이를 훈시규정으로 보아 육아휴직 급여 청구에 실질적으로 영향을 미치지 않는 것으로 이해하였으나, 대법판결은 이를 급여지급 청구권이 발생하기 위한 요건 중 하나인 절차적 요건으로 이해하고 있다. 법에서 정하고 있는 사회보장급여 청구권을 헌법에서 보장하는 사회권의 구체화라는 측면에서 이해한다면, 법에서 정하고 있는 사회보장급여 청구권 요건은 예외적인 경우를 제외하고는 그 실질 그대로 의미 있는 것으로 이해하는 것이 옳을 것이다. 다시 말해 사회보장 급부가 필요한 국민을 위해 국가가 사회보장 급여를 함에 있어 필요한 최소한의 요건이나 절차를 법에서 규율하고 있다면 이는 그 내용의 적절성을 판단하기에 앞서 형식 그 자체로 법적으로 효력있는 것으로 이해하는 것이 적절하다는 것이다. 따라서 1심과 같이 고용보험법 제70조 제2항에서 정하고 있는 육아휴직 청구기간 법적 효력이 없는 훈시규정으로 이해하는 것은 적절하지 않을 것이다. 이 점에서 대법판결이 고용보험법 제70조 제2항 규정을 육아휴직 급여 지급청구권 형성을 위한 절차적 요건으로 이해하여 판단한 결론은 적절하였다고 생각된다.

다만, 대법판결과 관련하여 법에서 정하고 있는 ‘육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내’라는 육아휴직 급여 청구기간이 과연 그 취지나 목적에 비추어 보았을 때 적절인가에 대해서는 고민해 볼 필요가 있다고 생각한다. 1심 판결이 법 제70조 제2항 규정을 훈시규정으로 이해한 것에 대해서는 적절하지 못하다고 평가하였지만, 그 근거로 제시한 점에서 이 규정의 문제를 지적할 수 있다. 육아휴직 급여 청구권도 일종의 금전 청구권이고, 육아휴직 급여가 국가의 재정에서 지급되는 급부가 아닌 근로자들이 기여한 고용보험 기금을 통해 지급되며, 육아휴직 급여 지급을 통해 피하고자 하는 바가 단순히 육아를 하는 근로자의 생활보장과 직장복귀에만 있는 것이 아니라 저출산 해소 및 실업률 감소라는 사회적 측면도 있다는 점에서 1년이라는 청구기간은 지나치게 짧다고 할 수 있다.

육아휴직을 하는 근로자들에게 적극적으로 지급되어야 하는 급여임에도 법규정은 마치 이를 알지 못하는 근로자나 청구기간에 부주의한 근로자에 대해 지급하지 않는다는 것을 더욱 강조하고 있는 것처럼 보여진다. 저출산 문제는 우리 사회의 중대한 이슈 중 하나여서 육아휴직에 대해 기간 연장 및 급여액 증액 등과 같은 의견들이 주장되고, 실제 법에 반영되고 있다. 하지만 정작 육아휴직 급여를 지급받을 요건은 급여의 중요성과 달리 지나치게 엄격하게 규정하여 입구 자체를 좁게 하고 있다. 육아휴직 급여가 근로자들의 고용보험료를 바탕으로 지급된다는 점에서 일정한 고용보험 가입기간을 요건으로 하는 것은 일응 타당해 보이지만, 대상판결에서 문제되었던 청구기간에 대해서는 좀 더 완화하는 개정이 필요하다고 하겠다.

» 오세웅(고려대학교 강사)

산재보험법 특례대상인 현장실습생의 의미

- 부산지방법원 2016. 7. 20. 선고 2015구단21562 판결 -

【판결요지】

산학협력법이 산업교육과 직업교육훈련을 준별하면서 산업교육기관인 대학 등이 직업교육훈련 과정이나 학과 등을 설치·운영하기 위한 필요한 규정을 따로 상세히 두고 있는 점 등에 비추어 보면, 산업교육기관인 대학에서 행하여지는 취업 등과 관련된 교육과정을 모두 직업교육훈련촉진법상의 직업교육훈련이라고 할 수 없고, 산학협력법 제8조에 규정된 직업교육훈련 과정이나 학과 등에서의 교육 등에 해당하여야만 직업교육훈련촉진법상의 직업교육훈련으로 볼 수 있다.

산업재해보상보험법(이하, ‘산재보험법’)은 근로기준법상의 근로자에게 적용되는 것이 원칙이다. 그런데 업무상의 재해로부터 보호를 받아야 할 사람은 근로기준법상의 근로자에만 국한되는 것이 아니어서, 산재보험법이 제정된 이래 그 인적 적용범위를 점차 확대시켜 왔음은 주지하는 바와 같다. 이 가운데 산재보험법 제123조는 현장실습생에 대한 특례규정을 두고 있다. 산재보험법이 적용되는 사업에서 현장실습을 하고 있는 학생 및 직업훈련생(= 현장실습생) 중 고용노동부장관 고시로 정하고 있는 현장실습생은 산재보험법을 적용할 때 산재보험법상 근로자로 간주하도록 하고 있다. 고용노동부장관 고시(노동부고시 제1998-10호, 1998. 1. 19. 제정)(이하, ‘현장실습생고시’)에서는 현장실습생을 “직업교육훈련촉진법 제7조의 규정에 의한 현장실습을 이수하고 있는 자”라고 정하고 있다. 이에 따라 현장실습생은 직업교육훈련촉진법 제7조에 따른 현장실습을 이수하고 있는 자인 경우 산재보험법이 적용되는데, 직업교육훈련촉진법 제7조는 현장실습생의 개념에 관한 규정이 아니라 직업교육훈련촉진법상 직업교육훈련상의 현장실습에 관한 규정이다. 즉 이 법 제7조 제1항은 “직업교육훈련생은 직업교육훈련과정을 이수하는 중에 산업체에서 현장실습을 받아야 한다.”고 규정하고 있다. 직업교육훈련생은 직업교육훈련과정을 이수하는 중 산업체에서 현장실습을 받아야 하는

바, 직업교육훈련과정을 이수하는 중 산업체에서 현장실습을 받아야 하는 직업교육훈련생이 곧 현장실습생이라고 유추해석할 수 있다(독자들을 다소 혼란스럽게 하고 있을 줄로 안다. 하지만 법 규정이 그렇기 때문에 어쩔 수 없다). 그렇다면 직업교육훈련생은 누구인가? 직업교육훈련촉진법은 “직업교육훈련생”이란 “직업교육훈련을 받고 있는 사람 또는 받으려는 사람을 말한다.”고 규정하고 있다. 그렇다면 직업교육훈련촉진법에서는 “직업교육훈련”이란 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」 및 「근로자직업능력 개발법」과 그 밖의 다른 법령에 따라 학생과 근로자 등에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식·기술 및 태도를 습득·향상시키기 위하여 실시하는 직업교육 및 직업훈련을 말한다.”고 규정하고 있다. 여기에서 드디어 판결 요지에 언급된 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」(이하, ‘산학협력법’)이 등장한다. 그러므로 산재보험법이 말하는 현장실습생은,

- ① 근로기준법상의 근로자가 아닌 자로서,¹⁾
- ② 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」 및 「근로자직업능력 개발법」과 그 밖의 다른 법령에 따라 학생과 근로자 등에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식·기술 및 태도를 습득·향상시키기 위하여 실시하는 직업교육 및 직업훈련을
- ③ 받고 있는 사람 또는 받으려는 사람으로서
- ④ 산업체에서 현장실습을 받아야 하는 자이다.

현장실습생이 누구인지를 확인하는 과정이 참 복잡다단하였다. 그런데 여기에서 끝난 것이 아니다. 현장실습생과 관련하여 검토대상사건에서 문제된 법은 산학협력법이다. 산학협력법에서는 ‘직업교육 또는 직업훈련’이라는 단어가 정의규정에 등장하지 않는다. 정의규정에서는 산업교육, 산업교육기관, 산업교원, 산업자문, 연구기관, 산학연협력, 학연교수, 산학연협력기술지주회사, 자회사와 같은 단어만 등장하고 있고, 직업교육훈련이라는 단어가 등장하는 것은 산업교육진흥을 위한 제2장의 제8조이다. 그러므로 직업교육훈련촉진법에서 “「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」 …에 따라 학생

1) 이 요건은 매우 중요하게 여겨져야 한다. 학교교육과정 등을 통해 현장실습을 받고 있는 학생이라도 실제로는 근로자와 동일하게 사용자의 지휘명령을 받으며 근로를 제공하고 있는 경우가 있고, 이때에는 현장실습생이 아닌 근로자로서의 지위를 부여받아야 함은 물론이다.

과 근로자 등에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식·기술 및 태도를 습득·향상시키기 위하여 실시하는 직업교육 및 직업훈련”의 직업훈련이 산학협력법의 정의규정에 나타난 산업교육을 의미하는지, 아니면 제8조의 직업교육훈련이라는 단어가 등장하는 조문을 의미하는 것인지에 대한 논란이 발생한 듯하다.

우선 사건 개요를 살펴보면 이렇다. ○○대학교 학생이 ○○대학교 산학협력 선도대학 육성사업의 일환으로 시행된 동계 현장실습 프로그램에 참여하여 현장실습을 받던 중 사고를 당했다. 학생은 근로복지공단에 현장실습생으로서 산재보험 요양급여 신청을 하였지만, 근로복지공단은 이 학생이 직업교육훈련촉진법상 직업교육훈련과정이 아닌, 고등교육법 제22조에 의한 해당 전공 선택에 따른 대학 학점 취득을 위한 교과과정상 수업을 받은 것으로서 산재보험법 제123조의 현장실습생이 아니라는 이유로 요양급여 신청 불승인 결정을 하였다.

여기에서 법원은, 요지에 기재한 바와 같이, 산학협력법이 산업교육(제2조)과 직업교육훈련(제8조)을 ‘준별’하면서 산업교육기관인 대학 등이 직업교육훈련 과정이나 학과 등을 설치·운영하기 위한 필요한 규정을 따로 상세히 두고 있는 점 등에 비추어 보면, 산업교육기관인 대학에서 행하여지는 취업 등과 관련된 교육과정을 모두 직업교육훈련촉진법상의 직업교육훈련이라고 할 수 없고, 산학협력법 제8조에 규정된 직업교육훈련 과정이나 학과 등에서의 교육 등에 해당하여야만 직업교육훈련촉진법상의 직업교육훈련으로 볼 수 있다고 판단하였다. 따라서 이 학생은 현장실습생이 아니어서 산재보험법을 적용받을 수 없고, 근로기준법상의 근로자도 아니기 때문에 산재보험법 적용 대상이 아니라고 본 것이다.

그런데 이 판결에 대해서는 다음과 같은 의문이 든다.

산학협력법 제2조 제1호의 산업교육은 산학협력법상 산업교육기관(산학협력법 제2조 제2호)이 수행하는 교육 일체를 의미한다. 이 교육의 내용 중 특히 산업교육기관이 국가, 지방자치단체, 연구기관 및 산업체 등과 협력하여 수행하는 인력양성활동 등을 “산학연협력”이라고 한다(산학협력법 제2조 제6호). 산학협력법은 산업교육의 진흥을 위해 단기산업교육시설의 설치 및 운영에 관한 규정(제6조), 특정 산업분야에 대한 전문적 산업교육을 위한 특별과정의 설치 및 운영에 관한 규정(제7조) 그리고 국가, 지방자치단체 또는

산업체등이 채용을 조건으로 학자금 지원계약을 체결하고, 특별한 교육과정의 운영을 요구하는 등의 경우 국가, 지방자치단체 또는 산업체 등과의 계약에 의하여 권역별로, 산업교육기관간 또는 산업교육기관별로 직업교육훈련과정 또는 학과 등을 설치·운영할 수 있도록 하는 규정(제8조)을 두고 있다.

따라서, 산학협력법 제8조의 “직업교육훈련”은 산학협력법 제2조의 “산업교육”과는 별개의 것으로 이해할 수 있는 것은 아니고, 산업교육 중 특히 산학협력의 내용으로서 이루어지는 산업교육이라고 해석할 수 있다. 교육기본법에서도 “직업교육”을 규정하면서, “국가와 지방자치단체는 모든 국민이 학교교육과 사회교육을 통하여 직업에 대한 소양과 능력을 계발하기 위한 교육을 받을 수 있도록 필요한 시책을 수립·실시하여야 한다.”(제21조)고 규정하고 있는 바, 교육기본법상 직업교육의 큰 틀 아래 중등교육법상 직업교육훈련 및 산학협력법상 산업교육체제가 정비되어 있다고 말할 수 있다.

직업교육훈련촉진법 제2조 제1호에서 “직업교육훈련”은 산학협력법 등에 따라 “학생과 근로자 등에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식·기술 및 태도를 습득·향상시키기 위하여 실시하는 직업교육 및 직업훈련”을 의미한다고 정의하고 있는 바, 직업교육훈련촉진법이 정의하는 직업교육훈련과 용어가 상이하기는 하지만 이 직업교육훈련의 “직업교육 및 직업훈련”이 “학생…에게 취업 또는 직무수행에 필요한 지식·기술 및 태도를 습득·향상시키기 위하여 실시”되는 것이라면, 직업교육훈련촉진법에 포함되는 직업교육훈련에는 산학협력법상 “산업교육기관이 학생에게 산업에 종사하거나 창업하는 데에 필요한 지식과 기술 등을 습득시키고 기업가정신을 함양시키기 위하여 하는 교육”인 “산업교육”이 포괄적으로 포함될 수 있다고 해석해야 한다. 즉, 현장실습생의 범위를 규정함에 있어 이를 반드시 “직업교육훈련”이라는 용어를 사용하고 있는 산학협력법 제8조의 대상으로서 “계약에 의한 직업교육훈련과정”에 국한할 필요는 없다고 생각한다. 다만, 직업교육훈련촉진법상 현장실습은 “산업체에서” “받아야”하는 것이기 때문에, 대학생들의 현장실습은 산학협력법 제8조에 따라 “계약에 의한 직업교육훈련과정”으로 이루어지는 경우가 많기는 할 것이다.

따라서 법원이 산학협력법 규정을 해석한 방식에는 오류가 있다고 생각하고, 현장실습생 관련 규정에 맞는 정합적 판단이 요구된다. 다만, 법원의 이러한 오류에는 현행 산재보험법과 현장실습생고시의 탓이 크다. 우선, 앞서

정리한 바와 같이 현장실습생의 의미를 한 눈에 이해하기가 어려운 구조이다. 여러 차례 여러 법 조문을 연결해 살펴보아야 겨우 현장실습생이라는 개념에 적용되는 범위를 파악해 볼 수 있다.

또한, 산재보험법상 현장실습생 특례규정이 제정 시행된 것이 1997년이고 현장실습생고시는 이후 1998년에 제정 고시되었다. 그런데 그 이후 이 고시는 단 한번도 바뀌지 않았다. 그래서 이 고시의 근거규정인 산재보험법 특례규정도 현행 제123조가 아닌 ‘제105조의3’이라고 표현되어 있을 정도이다. 또한 현장실습생 특례규정 제정 이후 20년이 흐르는 동안 주로 학생인 현장실습생과 관련된 교육법 체계가 크게 바뀌었다. 교육법 단일체제가 초·중등교육법/고등교육법으로 분화되는 한편, 현장실습과 관련된 교육과정의 종류가 무척 다양해졌다. 1997년 현장실습생 특례규정 제정 당시의 현장실습생은 직업훈련생과 함께 산업·기술계 고등학교에 재학중인 고등학생을 주된 적용의 대상으로 고려하였지만, 현재는 다양한 국책 및 지방교육사업에 따른 직업교육훈련을 포함하는 교육과정(대표적인 것이 LINC사업 등)의 요구에 따른 대학생 현장실습도 다양해지는 추세이다. 그런데 현재의 산재보험법 현장실습생 특례규정은 이러한 변화를 반영하지 못하고 1997년 제정 당시의 고려대상이었던 현장실습생만을 겨우 담아내고 있을 뿐이다.

여기에 더하여 직업교육훈련촉진법상 현장실습의 개념에 관한 규정이 최근 신설되었다. 즉 직업교육훈련촉진법 제2조 제7호는 직업교육훈련촉진법 제7조와는 별개로 현장실습을 “직업교육훈련생이 향후 진로와 관련하여 취업 및 직무수행에 필요한 지식·기술 및 태도를 습득할 수 있도록 직업현장에서 실시하는 교육훈련과정”이라고 규정하고 있는 바, 현장실습생 고시에서도 현장실습생의 개념을 규정하는데 이러한 법의 변화를 충분히 반영해야 할 것이다. 입법적 준비가 시급히 요청된다.

» 박은정(인제대학교 공공인재학부 교수)

업무상 사고와 사망 간 중간 사실에 대한 인과성 판단 - 치매 환자 사례

- 서울행정법원 2016. 10. 27. 선고 2015구합8534 판결 -

【판결요지】

산업재해보상보험법 제5조 제1호가 정한 ‘업무상의 재해’라 함은 근로자가 업무수행에 기인하여 입은 재해를 뜻하는 것으로 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백하게 증명되어야 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시의 건강상태, 발병경위, 질병의 내용, 치료의 경과 등 제반 사정을 고려할 때 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 증명이 있다고 보아야 한다.

이 사건 교통사고는 망인이 근로계약에 따른 업무를 수행하던 중에 발생한 사고로서 동법 제37조 제1항 제1호 등에 따른 업무상 사고에 해당하며, 사고에 따른 상당한 충격과 외상성 경막하 출혈은 망인의 치매 증상에 상당한 영향을 끼쳤을 가능성이 있다. 따라서 망인의 사망은 동법 제5조 제1호가 규정하는 ‘업무상의 재해’에 해당한다.

망인은 서울시 모(某)구청 소속의 환경미화원으로 2012. 5. 1. 새벽 청소 작업을 하던 중 택시에 들이받히는 사고를 당하여 외상성 경막하 출혈 등의 진단을 받고 입원 및 통원치료를 하였으며 근로복지공단으로부터 업무상 사고로 요양 승인을 받았다. 망인은 사고 전인 2011. 12. 알츠하이머병 의심 진단을 받고 2012. 1.부터 2012. 10.까지는 피크병(치매의 한 유형)으로, 2013. 3.에는 상세불명의 치매로 각각 치료를 받았다. 교통사고 이후 기억력 저하가 관찰되었고 2013. 6.경에는 지능지수 69에 해당하는 인지기능으로 자립적인 일상생활이 어렵다고 판단되었다. 2014. 2. 3. 자택에서 사라져 다음 날인 2. 4. 자택에서 2km 정도 떨어진 밭에서 사망한 채로 발견되었다. 직접사인은 ‘동사로 추정’되고 선행사인은 ‘영하의 기온에 치매로 인한 길잃음’이다.

유족들은 근로복지공단에 망인의 사망에 대하여 유족급여 및 장의비 지급을 신청하였으나, 피고인 근로복지공단은 최초의 교통사고와 망인의 사망 간에는 인과관계가 없고, 치매가 직접적인 사인이 될 수 없음을 근거로 유족

들의 청구를 거부하였다. 이에 유족들은 근로복지공단의 거부처분을 취소하는 소를 제기하였다.

서울행정법원은 먼저 우리 법원이 확고하게 정립한 업무상 재해 판정의 원칙을 재확인하였다. 업무상 재해가 인정되기 위해서는 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’이라 함) 제5조 제1호상 ‘업무상의 재해’의 정의에 따라 업무와 재해 발생 사이에 인과관계가 성립하여야 한다. 입증책임 원칙에 따라 이 인과관계는 근로자 측이 증명하여야 한다. 그러나 우리 대법원은 그 인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백하게 증명되어야 하는 것은 아니고, 근로자의 취업 당시의 건강상태, 발병경위, 질병의 내용, 치료의 경과 등 제반 사정을 고려하여 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에는 그 증명이 있다고 보아 입증책임의 정도를 완화하고 있다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002두12922 판결 등 참조).¹⁾

본 사안은 최초 재해인 교통사고와 최종 재해인 근로자의 사망 간에 중간 사실로서 치매의 악화가 개입된 경우이다. 치매의 악화로 인한 실종과 동사가 사망의 직접적인 원인으로서, 만일 치매의 악화가 최초 재해인 교통사고로 인한 것이라면 최종 재해인 사망과 업무상 인과관계가 인정되지만, 만일 치매의 악화와 최초 재해인 교통사고 간에 인과관계가 성립되지 않는다면 근로자의 사망은 업무상 원인에 따른 것이 아니기 때문에 업무상 재해로 인정받을 수 없다. 이에 대한 의학적 소견을 판시 사안에서 보면, 주치의의 소견과 대한의사협회의 의견은 교통사고로 경미한 인식장애가 일반적인 경과보다 빨리 악화되었을 가능성이 매우 높아 양자 간에 상당한 인과관계를 인정하였지만, 근로복지공단 측 자문의들의 소견은 이 사건의 교통사고가 없었더라도 현재 상태에 이르렀을 가능성이 높다는 이유로 양자 간의 인과관계를 부정하였다.

서울행정법원은 의학적 의견이 갈린 상황에서 망인의 증상이 최초로 진단된 2011. 12.부터 교통사고가 발생하기 전까지 환경미화업무를 정상적으로 수행하였고 일상생활에도 별다른 지장이 없었다는 점, 교통사고 당시의 위

1) 우리 산재보험법 제37조 제1항은 업무상 재해 성립의 요건으로 ‘상당인과관계(相當因果關係)’를 명시하고 있다.

산재보험법 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 상당인과관계가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

상으로 망인의 뇌는 상당한 충격을 받았고 이것이 원인이 되어 치매증상이 악화될 가능성이 상당한 점, 망인의 사고 발생과 사망 당시의 연령이 각 59세와 61세로 고령이 아니어서 치매 증상과 행동 장애가 교통사고 외 자연적인 경과로 악화되었다고 보기 어렵다는 점 등을 들어 망인의 사망은 산재보험법 제5조 제1호가 규정하는 ‘업무상 재해’에 해당한다고 보아 근로복지공단의 거부처분을 취소하였다.

서울행정법원의 이러한 판시 내용은 그동안 대법원이 확립한 앞의 업무상 재해 판정 원칙을 충실히 따른 것으로 판단된다. 즉, 의학적, 자연과학적 인과관계를 고려하되 이에 구애되지 않고 근로자의 제반 사정을 고려하여 업무와 재해(사망) 사이의 상당인과관계를 판단한 것이다. 상당인과관계란 결국 ‘경험칙’을 기준으로 선행 사실과 후행 사실 간에 존재하는 중간 사실들 중 조건관계를 인정하기에 ‘상당하지 않은 것’들을 제거하는 것이다. 만일 중간 사실이라도 경험칙에 비추어 인과관계를 인정하기에 상당하다면 중간 사실의 개입은 인과관계를 단절시키지 않는다. 여기서 경험칙의 기준을 누구로 하는가에 따라 학설은 ‘주관적 상당인과관계설’과 ‘객관적 상당인과관계설’, 그리고 ‘절충설’로 분류되지만, 산재 영역에서의 판단의 기준은 ‘구체적 인간상’으로 “업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 하여 판단하여야”(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두8009 판결) 한다.

또한 상당인과관계설은 민법과 형법에서도 적용되는 인과관계의 판단기준이지만 산재보험법에서의 상당인과관계설은 그 지향점이 다르다. 민법과 형법에서의 상당인과관계설은 결국 법익 침해에 대해 각각 과실 책임과 유책성의 관점에서 어느 정도까지 책임을 지울 것인가의 관점에서 인과관계를 판단하지만, 산재보험법에서의 상당인과관계설은 근로자의 재해보상이라는 ‘권리 보장’의 관점에서 판단한다.

본 사안을 산재 영역에서의 상당인과관계설이 가지는 이러한 특징들을 기초로 판단할 때, 사망한 근로자의 구체적이고 개별적인 제반 사정들(중간 사실들)은 법원이 판단한 바와 같이, 최초 재해인 교통사고와 최종적인 재해인 사망 사이의 인과성을 제거할 상당성이 인정되지 않으며, 따라서 서울행정법원의 판시는 타당하다고 생각된다.

출장 도중 구조행위의 업무상 재해 인정 여부

- 서울행정법원 2017. 6. 23. 선고 2016구합9800 판결 -

【판결요지】

출장업무를 마치고 근무장소로 돌아오는 경로와 방법에 있어 통상적인 경로와 방법이 아니거나 통상적인 경로에서 이탈한 이후에 발생한 재해는 업무상 재해에 해당하지 않지만, 사고를 목격하고 구조행위를 하고자 한 것은 출장지에서 사무실로 돌아가는 과정의 운전자가 행할 수 있는 범위의 것이지 그것이 자의적 행위라거나 사적 행위라고 할 수 없다. 또한 사업주로서도 돌아오는 길에 사고를 목격한다면 구조행위를 할 것을 지시 내지 용인하였을 것으로 추단된다. 따라서 출장지에서 직장으로의 복귀 도중 교통사고를 목격하고 실시한 구조행위는 업무와 밀접하게 관련된 행위로 근로복지공단이 구조행위 도중 사망한 근로자의 유족들이 신청한 유족급여 및 장의비를 거부한 것은 위법하다.

근로자 A는 동료 B의 자택에서 회사 업무를 논의한 후 사무실로 돌아가던 도중 사고차량을 발견하고 차량 안의 탑승자 2인이 움직임이 없자 교통사고 신고를 하였다. 구조차량을 기다리면서 갓길에 서 있던 상황에서 뒤이어 오던 트레일러 차량이 급제동을 하면서 핸들을 우측으로 꺾어 서 있던 A를 치었다. A는 사고 1시간 후 사망하였다.

A의 자녀들인 원고들은 이 사건이 업무상 재해임을 주장하며 근로복지공단(피고)에게 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’) 상의 유족급여와 장의비를 청구하였으나, 근로복지공단은 A의 행위는 본인의 업무에 관련이 있거나 업무수행에 필수불가결한 행위 또는 사업주의 지시에 따른 행위로 볼 수 없기 때문에 유족들의 청구를 거부하였다.

본 사안에서 서울행정법원은 먼저 A가 B의 자택에 들린 후 사무실로 복귀하는 과정이 업무상 행위인지를 판단한다. A의 행위는 업무협의를 위한 출장이라고 볼 수 있고, 출장은 사업주의 전반적인 지시 아래 업무를 수행하는 과정이기 때문에 A의 행위는 업무상 행위로 인정된다.1)

그러나 출장 중 사고이더라도 업무와는 관련 없는 근로자의 자의적 행위나 사적 행위로 인해 발생한 것이라면 업무상 재해가 될 수 없다.²⁾ 가령 출장에서의 관광 등을 꼽을 수 있다. 따라서 법원은 출장 중 A의 구조행위가 근로자의 자의적 행위 또는 사적 행위인지 여부를 판별하여야 한다.

서울행정법원은 다음과 같은 추론으로 A의 구조행위를 출장 업무 도중의 업무상 재해로 판단한다. 먼저, A는 통상적인 출장 경로에서 자의적인 우회를 하지 않았다. 이 과정에서 A가 ‘운전행위’ 도중 사고를 당하였다면 업무상 재해가 인정된다. 만일 A의 구조행위가 넓은 의미의 ‘운전행위’로 간주된다면 A의 사고는 당연히 업무상 재해가 된다. 여기서 법원은 운전자가 사고를 목격하고 구조행위를 하는 것은 우리 사회 관념상 운전행위 도중 자연스럽게 수반되는 행위라고 판단한다. 따라서 A의 구조행위는 운전행위로 인한 사고와 다를 바가 없다는 것이다.

덧붙여 행정법원은 보통의 사업주가 출장 중 사고를 보았다더라면 근로자로 하여금 구조행위를 할 것을 지시하거나 용인하였을 것을 추단한다.

행정법원의 실시처럼 구조행위를 하지 않고 사고를 지나친 사람을 비난할 수는 없더라도 구조행위를 하던 도중 재해를 입은 사람을 더욱 두텁게 보호하는 것이 우리 사회의 정의에 부합한다. 본 판결은 비단 사회 관념에 적합할 뿐만 아니라 구조행위를 논리적으로 운전행위에 포섭함으로써 결론의 근거에서도 타당성을 확보하였다.

참고로 본 사안은 앞으로 도입될 출퇴근 재해의 인정 요건으로서 근로자의 이탈(우회경로) 쟁점과는 차이가 있다. 출장업무 도중의 사고는 당연히 근로 중의 사고이므로 우회의 경우 업무와의 관련성을 인정할 여지가 있지만, 출퇴근 자체는 근로 중이 아니기 때문에³⁾ 출퇴근 도중의 우회는 업무 관

1) 산재보험법 시행령 제27조 제2항은 근로자가 사업주의 지시를 받아 사업장 밖에서 업무를 수행하던 중에 발생한 사고는 법 제37조 제1항 제1호 가목에 따른 업무상 사고로 본다. 다만, 사업주의 구체적인 지시를 위반한 행위, 근로자의 사적(私的) 행위 또는 정상적인 출장 경로를 벗어났을 때 발생한 사고는 업무상 사고로 보지 않는다고 규정한다.

2) 위 산재보험법 시행령 제27조 제2항 및 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005두5185 판결 등 참조.

3) 출퇴근 도중의 사고를 업무상 재해로 인정하는 이유는 출퇴근이 업무와 밀접불가분한 관계가 있기 때문이지 출퇴근 자체가 바로 업무행위는 아니다. 프랑스의 경우 출퇴근 도중의 사고를 업무상 사고로 간주한다(프랑스 사회보장법전 L.4111-2조).

련성을 인정받을 수가 없다. 따라서 근로자가 출퇴근 도중 우회를 하여 사고가 발생하였다면 원칙적으로 업무상 재해가 되지 않는다. 다만, 우회를 하더라도 그것이 근로자의 일상생활에 필수불가결한 면이 있다면 전체적인 출퇴근 과정의 일환으로 보아 업무상 재해를 인정한다. 비교법론으로 프랑스 대법원은 이러한 일상적인 우회의 예로 생필품 구입, 은행에서의 금전인출, 자녀의 통학, 공과금납부, 병원진찰을 들고 있다. 본 사안과 유사하게 출퇴근 도중의 구조행위로 사고를 당한 경우 역시 사회적 연대감을 바탕으로 한 도덕적 의무의 이행은 생활의 일상성을 인정하였다.⁴⁾

서울행정법원의 본 판결은, 비록 출장과 출퇴근 과정은 업무 수행의 관점에서 차이가 있지만, 출장 과정에 통상 수반되는 행위로서 구조행위를 인정하였다는 점에서 출퇴근 재해 논의에도 미치는 시사점이 크다. 즉, 구조행위가 출장 행위의 일환이라면 똑같이 출퇴근 행위의 일환(일상적인 출퇴근 행위)으로도 볼 수 있다는 관점을 법원이 제시한 것이다. 또한 구조행위 도중의 사고를 사회 정의적 관점에서 보호하여야 한다는 판시 역시 프랑스 대법원이 구조행위를 사회 연대적 관점에서 바라보아야 한다는 견해와 같은 선상으로 사회보험이 결국 사회공동체 구성원 간의 연대정신으로 운영된다는 점을 다시 한 번 강조한 것이라 판단된다.

» 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

4) 본 사안에 대한 설명과 프랑스 대법원의 판례 출처는 양승엽(2017), 「출퇴근 도중 우회 시 업무상 사고 인정 여부 - 서울행정법원 2017. 7. 13. 선고 2017구단59751 판결」, 『노동법학』 제63호, 한국노동법학회, p.158 참조.

장애인차별금지법상

정당한 편의제공을 거부한 차별행위

- 수원지방법원 평택지원 2017. 7. 7. 선고 2016가단45804 판결 -

【판결요지】

피고 평택시 버스회사 등의 버스기사들이 휠체어 승강설비 고장, 휠체어 승강설비사용법 부지, 무정차 통과 등의 이유로 장애인인 원고를 버스에 승차시키지 아니하거나 휠체어 승강설비를 적절하게 제공하지 아니한 행위(이하 ‘승차거부 등’이라 한다)는 버스기사 개인의 측면에서는 여객운수사업법 제26조 제1항 제1호, 제6호를 위반한 행위이고, 버스기사들이 소속된 피고 평택시 버스회사 등 교통사업자의 측면에서는 교통약자법 제11조와 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다) 제19조 제1항, 제2항, 제4항을 각각 위반한 행위이며, 이는 장애인차별금지법 제4조 제1항 제3호가 정한 ‘정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우’로서 차별행위에 해당한다.

이러한 위 버스기사들의 승차거부 등 차별행위로 인하여 원고가 이동권을 침해당하고, 장애를 주된 원인으로 승차거부 등을 당하였다는 정신적 고통을 입었다고 봄이 상당하므로, 피고 평택시 버스회사 등은 위 버스기사들의 사용자로서 피용자인 위 버스기사들의 승차거부 등 차별행위로 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.

휠체어 이용자인 장애인이 목적지에 가기 위해서 버스를 타려고 하는데, 휠체어 탑승 시설이 없다는 이유로 승차거부를 하는 것은 차별일까? 탑승 시설이 없기 때문에 승차거부를 하는 것은 정당한 것일까?

리뷰 대상판례는 이에 대해 차별을 인정하고, 버스회사에 대한 손해배상 책임을 인정한 하급심 사건이다. 사실관계는 다음과 같다. 평택시 소재 대학을 다니고 있는 원고는 뇌병변 1급 장애인으로서 전동휠체어를 이용하고 있다. 원고는 2016. 4. 10.부터 2016. 11. 1.까지 평택시의 80번 버스, 20번 버스, 7-1번 버스, 1-1번 버스 등의 버스기사들로부터 휠체어 승강설비 고장, 휠체어 승강설비사용법 부지, 무정차 통과 등의 이유로 승차거부를 당하거나, 휠

체어 승강설비를 이용하지 못한 채 승차하였다. 이에 원고는 이러한 승차거부가 장애인 차별이라 여기고 버스회사들과 평택시를 상대로 민사소송(손해배상)을 제기하였다.

1. 장애인차별금지법상 정당한 편의제공의 거부

2007. 4. 10.에 제정되어 2008. 4. 11.부터 시행되고 있는 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하, ‘장애인차별금지법’)은 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다(제1조). 제4조에서는 차별행위에 대해서 규정하고 있고, 제5조에서는 차별판단에 대해서 “차별의 원인이 2가지 이상이고, 그 주된 원인이 장애라고 인정되는 경우 그 행위는 이 법에 따른 차별로 본다(제1항).”라고 규정하고 있다. 장애인차별금지법은 모든 생활영역에서의 차별을 금지하고 있는데, 구체적으로 제2장에서 고용(제1절), 교육(제2절), 재화와 용역의 제공 및 이용(제3절), 사법·행정절차 및 서비스와 참정권(제4절), 모·부성권, 성 등(제5절), 가족·가정·복지시설, 건강권 등(제6절)으로 분류하여 차별금지에 대해 규정하고 있다.

본 사건의 승차거부 행위는 장애인차별금지법 제2장 제3절의 재화와 용역의 제공 및 이용에 해당하고, 제19조(이동 및 교통수단 등에서의 차별금지) 제1항, 제2항, 제4항 위반에 해당하며, 이는 장애인차별금지법 제4조 제1항 제3호가 정한 ‘정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의제공을 거부하는 경우’로서 차별행위에 해당한다.

제19조(이동 및 교통수단 등에서의 차별금지) ① 「교통약자의 이동편의증진법」 제2조 제5호 및 제6호에 따른 교통사업자(이하 “교통사업자”라 한다) 및 교통행정기관(이하 “교통행정기관”이라 한다)은 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니된다.

② 교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등의 이용에 있어서 보조견 및 장애인보조기구 등의 동승 또는 반입 및 사용을 거부하여서는 아니된다.

③ 교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등의 이용에 있어서 장애인 및 장애인 관련자에게 장애 또는 장애인이 동행·동반한 보조견 또는 장애

인보조기구 등을 이유로 장애인 아닌 사람보다 불리한 요금제도를 적용하여서는 아니된다.

④ 교통사업자 및 교통행정기관은 장애인이 이동 및 교통수단 등을 장애인 아닌 사람과 동등하게 이용하여 안전하고 편리하게 보행 및 이동을 할 수 있도록 하는 데 필요한 정당한 편의를 제공하여야 한다.

⑤ 교통행정기관은 교통사업자가 장애인에 대하여 이 법에 정한 차별행위를 행하지 아니하도록 홍보, 교육, 지원, 감독하여야 한다.

⑥ 국가 및 지방자치단체는 운전면허시험의 신청, 응시, 합격의 모든 과정에서 정당한 사유 없이 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니된다.

⑦ 국가 및 지방자치단체는 장애인이 운전면허시험의 모든 과정을 장애인 아닌 사람과 동등하게 거칠 수 있도록 정당한 편의를 제공하여야 한다.

⑧ 제4항 및 제7항을 적용함에 있어서 그 적용대상의 단계적 범위 및 정당한 편의의 내용 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 버스회사의 책임

대사판결에서 수원지법 평택지원은 “버스기사들이 휠체어 승강설비 고장, 휠체어 승강설비 사용법 부지, 무정차 통과 등의 이유로 장애인인 원고를 버스에 승차시키지 아니하거나 휠체어 승강설비를 적절하게 제공하지 아니한 행위는 버스기사 개인의 측면에서는 여객운수사업법 제26조 제1항 제1호, 제6호를 위반한 행위이고, 버스기사들이 소속된 회사 등 교통사업자의 측면에서는 교통약자법 제11조와 장애인차별금지법 제19조 제1항, 제2항, 제4항을 각각 위반한 행위이며, ... 차별행위에 해당한다. 이러한 위 버스기사들의 승차거부 등 차별행위로 인하여 원고가 이동권을 침해당하고, 장애를 주된 원인으로 승차거부 등을 당하였다는 정신적 고통을 입었다고 봄이 상당하므로, 버스회사 등은 위 버스기사들의 사용자로서 피용자인 위 버스기사들의 승차거부 등 차별행위로 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.”라고 판시하며 버스회사의 책임을 인정하였다. 그리고 손해배상 액수 산정에서 원고의 나이, 장애의 유형 및 정도, 특성, 버스기사들의 승차거부 등 차별행위의 시기, 횟수 및 정도 등을 참작하여 원고에게 지급할 위자료 액수는 버스회사당 1백만 원씩을 인정하였다.

3. 평택시의 책임

원고는 평택시가 교통행정기관으로서 장애인차별금지법 제19조 제4항에 따라 장애인이 이동 및 교통수단 등을 장애인 아닌 사람과 동등하게 이용하여 안전하고 편리하게 보행 및 이동을 할 수 있도록 하는 데 필요한 정당한 편의를 제공하여야 하는 주체임에도 불구하고 버스기사들이 장애인인 원고에게 승차거부 등을 하도록 방치한 것은 차별행위에 해당하므로, 교통약자법 제13조, 「평택시 교통약자의 이동편의 증진에 관한 조례」 제18조, 장애인차별금지법 제48조 제2항에 따라, 또는 장애인차별금지법 제19조 제5항에 따라 버스회사 등에게 ‘이동편의시설의 설치 및 관리 등에 관한 교육’의 실시를 명하여야 한다고 주장하였다.

그러나 평택지원은 버스기사들이 장애인인 원고에게 승차거부 등을 한 것을 두고 평택시가 이를 방치하여 차별행위를 하였다고 볼 수 없고, 장애인차별금지법 제19조 제5항의 규정만으로 원고에게 곧바로 평택시에 대하여 버스회사 등에 ‘이동편의시설의 설치 및 관리 등에 관한 교육’의 실시를 구할 수 있는 구체적인 실체법상의 청구권이 부여된다고 볼 수도 없으며, 평택시가 제19조 제5항에 규정된 의무를 해태하고 있다고 인정할 수 없다고 판시하였다.

4. 결론

대상판결은 장애인에 대한 정당한 편의제공의 거부가 장애인차별금지법상의 차별행위에 해당한다고 하며, 이에 대한 손해배상책임을 인정한 사안으로 하급심이지만 차별판단의 지평을 넓힌 사건이라 할 수 있다. 그러나 평택지원이 “장애인차별금지법은 제19조 제5항의 의무 이행을 구하는 절차 또는 불이행시의 구체절차를 따로 규정하지 아니하여, 위 의무규정만으로 장애인 등 교통약자에게 곧바로 위 의무의 이행을 구할 수 있는 구체적인 실체법상 청구권이 부여된다고 볼 수 없다”라고 판시하며, 평택시의 책임을 인정하지 않은 부분에는 아쉬움이 남는다. 차별행위에 대한 손해배상만으로 권리가 구체되는 것은 아니기 때문이다. 권리침해가 있는 경우에 그에 대한

적절한 구제수단(시정조치)을 인정해 주어야 권리보호의 사각지대를 없애고 정의를 실현할 수 있다. 따라서 적극적 조치 요구에 대해서는 차별 사건의 특성상 더 넓게 적극적으로 인정할 필요성이 있다.

장애인차별금지법은 장애인 차별이 있는 경우에 장애인들이 그에 대해 실효적인 권리구제를 받을 수 있도록 차별구제소송에서 피해자의 청구에 따라 법원이 차별행위의 중지 등 차별시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 장애인차별금지법이 시행된 2008년부터 지금까지 법원이 시정조치를 명한 판결은 거의 존재하지 않는다고 해도 과언이 아니다.

현재 대상판결은 평택시장의 책임 부분에 대한 항소심이 진행 중이라고 한다. 적극적 조치와 관련하여 어떤 판결이 나올지 관심을 가지고 지켜 볼 필요가 있다.

» 신수정(서울시립대학교 강사)

출퇴근 도중 우회 시 업무상 사고 인정 여부

- 서울행정법원 2017. 7. 13. 선고 2017구단59751 판결 -

【판결요지】

출퇴근 도중의 사고를 공무상(업무상) 사고로 인정받기 위해서는 그 경로가 통상적인 경로이어야 하는 바, 통상적인 경로와 방법이란 당해 출, 퇴근에 있어서 그 지역의 교통사정에 비추어 일반적으로 근로자가 이용할 것이라고 인정되는, 즉 지리적, 시간적, 경제적인 사정 등 제반사정을 종합하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 경로와 방법을 말한다. 자녀의 양육방식은 다양하며 무엇이 최고 또는 최선이라 할 수 없기 때문에 만 5세와 2세의 자녀를 친정집에 맡기고 출근한 것을 통상적이 아니라고 볼 수 없다.

원고는 경남의 A교육지원청 행정지원과에서 근무하는 공무원으로 자가용을 이용하여 출근하던 도중 2016. 9. 2. 8시경 운행하던 자동차가 빗물에 미끄러져 중앙선을 넘어 반대 방향에서 오던 차량과 충돌하였다. 이 사고로 원고는 골반뼈 골절 등의 사고를 당하였다. 원고는 이 사고는 통상적인 출근 경로 도중 발생한 사고이므로 공무상 부상에 해당하여 공무원연금공단(피고)에 공무상 요양승인을 신청하였다. 그러나 공무원연금공단(이하 ‘연금공단’이라 함)은 원고의 자택과 근무지 간 거리는 1.5km 이내이지만 원고가 자녀를 20km 떨어진 친정집에 맡긴 후 출근하다 사고를 당한 바, 이 사건은 정상적인 출근 경로를 벗어난 사고이기 때문에 출근 중의 사고로 볼 수 없으므로 공무와의 인과관계를 부정하여 요양신청을 불승인하였다.¹⁾ 이에 원고는 연금공단의 불승인처분을 취소하는 소를 제기하였다.

1) 관계 법령은 다음과 같다.

「공무원연금법」 제35조(공무상 요양비) ① 공무원이 공무상 질병 또는 부상으로 인하여 다음의 요양을 하는 경우에는 공무상요양비를 지급한다. (중략)

③ 제1항의 공무상 질병 또는 부상의 기준은 대통령령으로 정한다.

「공무원연금법」 시행령 제29조(공무상 질병 또는 부상의 인정기준) ① (중략)

2. 공무상 부상

나. 통상적인 경로와 방법으로 출근·퇴근하던 중 발생한 사고로 인한 부상

서울행정법원은 먼저 「공무원연금법」 시행령 제29조 제1항 제2호 나목의 ‘통상적인 경로와 방법’의 의미를 설명한다. “통상적인 경로와 방법이란 당해 출, 퇴근에 있어서 그 지역의 교통사정에 비추어 일반적으로 근로자가 이용할 것이라고 인정되는, 즉 지리적, 시간적, 경제적인 사정 등 제반사정을 종합하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 경로와 방법을 말하는 것”으로 규정한 다음, 원고는 맞벌이 부부로서 만 5세와 2세의 자녀들을 어린이집 또는 친정 부모님 댁에 맡겨야 하는 상황이었고, 어린이집이 아니라 친정집에 맡긴 것은 자녀의 양육방식은 다양하기 때문에 무엇을 최고 또는 최선의 방식이라 할 수 없으며, 설사 존재한다 하더라도 최고 또는 최선의 방식이 아니라고 해서 ‘통상적’이 아니라고 볼 수 없다고 하였다. 또한 친정집에 아이들을 맡기고 직장으로 출근하는 데 걸리는 시간도 30분 내외로 통상의 직장인의 출퇴근시간과 큰 차이가 없다는 점을 지적하였다. 그리고 마지막으로 자녀양육은 가정에서 국가의 문제로 변화하였으며, 국가와 지방자치단체는 모성보호와 여성 고용 촉진, 영유아의 건전한 보육을 위해 재원 확보 등 책임을 진다는 점도 고려할 것을 명시하였다. 서울행정법원은 이러한 사정 등을 종합적으로 판단할 때 연금공단의 원고에 대한 요양불승인은 위법하므로 불승인 처분을 취소하는 주문을 내렸다.

본 판결은 출퇴근 도중 정상적인 경로를 벗어나 발생한 사고에 대해 공무상 재해를 인정할 수 있는지 여부를 판단한 것으로, 사고의 당사자인 원고는 공무원이어서 출퇴근 재해를 부분적으로 인정하는 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’이라 함)이 적용되지 않고, 일반적인 출퇴근 재해를 모두 인정하는 「공무원연금법」이 적용되었다. 그러나 산재보험법에서 근로자들의 출퇴근 재해 인정을 한정하던 제37조 제1항 제1호 다목이 헌법불합치 결정을 받음에 따라 곧 근로자들의 출퇴근 재해도 업무상 사고로 넓게 인정받게 될 예정이다.²⁾ 본 사안은 비록 하급심이지만 그 사례가 드물어 앞으로의 출퇴근 재해 인정 여부에 대한 좋은 선례가 될 수 있다고 생각한다.

출퇴근 재해를 업무상 사고로 인정하기 쉽지 않았던 이유는 출퇴근의 방법과 경로가 사용자의 지휘·명령(지배관리성) 아래 있지 않기 때문에 근로자가 그것을 자유롭게 선택할 수 있었기 때문이다. 그러나 대부분의 근로자

2) 헌법재판소, 2016. 9. 29 선고 2014헌바254 결정.

들은 한정된 방법 아래 고정적인 경로로 출퇴근을 하며, 출퇴근 행위는 업무의 개시와 준비의 성격을 갖기 때문에 업무와 밀접불가분한 관계에 있다. 따라서 출퇴근 도중의 사고와 업무 간에는 상당한 인과관계가 존재한다고 보아야 한다.

그러나 근로자가 통상의 출퇴근 방법과 경로를 벗어난다면, 이는 근로자 자신의 이익을 위한 것으로 업무와의 연관성이 사라져 원칙적으로 출퇴근 재해를 인정할 수 없다.

단, 출퇴근 도중의 우회가 근로자의 일상생활에 불가피한 활동이라면, 그것 역시 고정된 출퇴근의 방식이다. 본 사안에서 서울행정법원이 원고의 우회가 통상적이 아니라고 할 수 없다는 판시를 내린 것도 이러한 시각이라고 본다. 앞으로 입법될 출퇴근 재해의 인정 요건에서도 이러한 우회를 어디까지 인정할 것인가에 대해서는 첨예한 이해대립이 예상된다.³⁾ 따라서 우리보다 앞서 출퇴근 재해를 인정한 프랑스의 법제와 판결례 등을 살펴보는 것은 이러한 이해갈등의 조화지점을 찾는 데 도움이 될 것이다.

프랑스는 1946년에 출퇴근 재해를 업무상 사고로 법제화하였다. 법조문이 비교적 단순하여 출퇴근 재해를 ① 주거지 및 주거지로 갈음할 수 있는 장소(예: 매주 방문하는 부모님의 집)와 사업장 사이의 사고와 ② 일상적인 식사 장소와 사업장 사이의 사고로 규정한다. 그러나 단서조항으로 “사적인 용건 또는 일상생활과 무관하거나 근로와 독립된 목적으로 우회한 경우는 제외한다”라고 명시한다(프랑스 사회보장법전 L.411-2조). 즉, 프랑스 역시 출퇴근 경로 도중의 개인적인 목적을 위한 우회는 업무상 사고로 인정하지 않는다.

그러나 프랑스 대법원은 단서 조항의 반대해석으로 근로자의 우회가 일상생활과 밀접한 관련이 있어 필수불가결한 행위였다면 이를 업무상 사고로 인정한다. 예를 들어 출퇴근 도중의 “생필품 구입⁴⁾, 은행에서의 금전인출⁵⁾, 학교에 아이를 데려다 주는 행위⁶⁾, 공과금 납부⁷⁾”와 병원 진찰을 위해 우회하던 중 발생한 사고는⁸⁾ 업무상 사고로 인정된다. 그러나 영화 관람과⁹⁾ 친

3) 현재 출퇴근재해의 인정을 위해 입법예고된 산재보험법 정부개정 안에서는 인정되는 우회의 경우를 대통령령으로 열거한다.

4) 프랑스 대법원 Cass. soc., 10 janvier 1963 : Bull. civ. IV, p.43 판결.

5) 프랑스 대법원 Cass. soc., 26 octobre 1972 : D.1973, jur. p.6 판결.

6) 프랑스 대법원 Cass. soc., 13 octobre 1994 : JCP E 1995, II, 688 판결.

7) 프랑스 대법원 Cass. soc., 18 novembre 1993 : RJS 1994, n°186 판결.

구 방문¹⁰⁾ 등은 일상생활의 필수불가결함을 인정하지 않아 업무상 사고를 부정하였다.¹¹⁾

주의해야 할 점은 출퇴근 재해는 이동 중의 사고를 전제하기 때문에 정상적인 경로이든 우회 중인 경로이든 정지하여 어떤 장소 내에서 당한 사고는 출퇴근 재해가 되지 않는다.¹²⁾

위에서 살펴본 바와 같이 출퇴근 도중의 우회는 일상생활에서의 필요성에 의한 것이어야 한다. 그런데 프랑스 대법원은 특이하게 ‘구조활동’ 역시 일상성을 인정하였다. 강에 빠진 소년을 구하기 위해 출퇴근 도중 뛰어내려 익사한 사건과¹³⁾ 고장 난 차의 운전자를 돕던 중 사고를 당한 경우는¹⁴⁾ 사회적 연대감을 바탕으로 한 도덕적 의무의 이행이므로 생활의 일상성이 인정된다고 판시하였다.¹⁵⁾

출퇴근 도중의 우회가 개인적인 목적이라 하더라도 일상생활에 필수적인 활동이라면 고정된 출퇴근 경로의 일부라고 보아야 한다. 따라서 맞벌이 부부의 아이 맡기기가 통상적(일상적)인 출퇴근 행위라고 판단한 본 판결례는 타당하다고 생각된다. 또한 입법의 방향으로 시행령으로 허용되는 우회를 열거하더라도 마지막 항목은 일반조항으로 두어 다양한 우회의 양상에 대한 규범적 판단의 영역을 남겨두어야 한다.

» 양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

8) 프랑스 대법원 Cass. soc., 5 juillet 1966 : Bull. civ. IV, p.571 판결.
 9) 프랑스 대법원 Cass. soc., 7 février 1962, Publié au bulletin 판결.
 10) 프랑스 대법원 Cass. soc., 3 février 1977, n°76-10963 판결.
 11) 양승엽(2014), 「한국과 프랑스의 산업재해보상보험법상 출퇴근재해 비교」, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대학교 사회보장법연구회, pp.277~278.
 12) 양승엽, 위의 논문, pp.277~278.
 13) 프랑스 대법원 Cass. soc., 17 octobre 1973, n°72-13454 판결.
 14) 프랑스 대법원 Cass. soc., 21 février 1980, n°79-10403 판결.
 15) 양승엽, 앞의 논문, p.279.

국민건강보험의 보험료를 산정하는 기준이 직장가입자와 지역가입자에 따라서 다른 것이 평등권을 침해하는지 여부

- 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2015헌바199 결정 -

【결정요지】

<법정의견 -재판관 5인>

직장가입자의 소득은 거의 전부 파악되는 데 반하여, 지역가입자의 소득은 일부분밖에 파악되지 않는다는 점에서 현저한 차이가 있는바, 소득과악률과 소득형태에서 차이가 있는 직장가입자와 지역가입자의 보험료부담의 형평을 보장하기 위하여 직장근로자의 경우에는 기본적으로 보수만을 기준으로, 소득 파악이 어려운 지역가입자의 경우에는 소득뿐만 아니라 재산, 생활수준, 경제활동참가율 등 다양한 변수를 참작한 추정소득을 기준으로 하도록 한 것이 보험료 부담의 평등원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

<반대의견 - 재판관 4인>

동일한 보험집단을 구성하고 있는 지역가입자와 직장가입자를 서로 달리 취급할 아무런 합리적 근거가 없음에도, 지역가입자에 대하여서만 소득 이외에 다른 요소들을 근거로 소득을 추정하여서 보험료를 산정·부과하도록 하는 이 사건 법률조항은 합리적 이유 없이 지역가입자에게 경제적 불이익을 주어 이들을 자의적으로 차별하는 것이므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다.

현행 국민건강보험법은 의료급여수급자와 의료보호수급자를 제외하고 국민 모두를 국민건강보험 의무적 가입자로 하면서 보험의 재정을 충당할 목적으로 가입자(즉, 피보험자)에게 일정한 보험료를 부과하고 있다. 가입자가 국민건강보험료를 기한까지 납부하지 않는 경우에는 국세 체납처분의 예에 따라서 징수된다. 현행 국민건강보험의 재정은 거의 전적으로 가입자의 보험료에 의하여 충당되는데, 보험료는 가입자의 경제적 부담능력에 따라서 산정된다. 강제가입과 함께 경제적 부담능력에 따른 보험료의 부담은 국민건강보험제도가 사회보험이라는 것을 의미한다. 즉, 국민건강보험제도는 가

입자에게 보험사고, 즉 질병·부상이 발생할 때 동일한 보험급여를 지급하지만 보험료는 가입자의 보험사고의 발생가능성에 의하지 않고 단지 자신의 경제적 부담능력에 따라서 보험료를 부담하는 것이다. 이것이 곧 사회보험의 연대적 성격이며, 이를 통하여 국민건강보험 가입자 간에 강력한 소득재분배효과가 발생한다.

그런데 현행 국민건강보험제도에서는 보험료를 산정·부과하는 기준인 가입자의 경제적 부담능력이 직장가입자와 지역가입자에 따라서 다르다. 즉, 직장가입자의 보험료는 근로의 대가로 받은 보수와 이 보수를 제외한 소득을 일정한 방법에 의해서 평가한 금액에 각각의 보험료율을 곱하여 산정하지만¹⁾, 지역가입자의 경우에는 지역가입자의 소득·재산·생활수준·경제활동참가가능성의 지표를 각각 점수로 환산하여 합산된 점수에 점수 당 단가를 곱하여 산정하도록 되어 있다.²⁾ 연혁적으로 보면 지역가입자의 이와 같은 경제적 부담능력에 대한 법제도적 이해는 직장가입자 세대의 전체 소득을 “추정”하는 의미를 가진다.³⁾ 국민건강보험의 재정이 하나로 통합되어

- 1) 직장가입자의 보험료 산정 기준은 가입자의 보수 외의 연간 소득이 7,200만원을 초과하느냐에 따라서 달라진다. 보수를 제외한 연간 소득이 7,200만을 초과하지 않는 경우에는 보수에 보험료율을 곱하여 보험료를 산정하지만, 7,200만원을 초과하는 경우에는 보수에 더불어 보수를 제외한 소득에 대해서도 보험료를 부과한다. 보수를 제외한 소득에 부과되는 보험료는 소득월액 × 보험료율 × 50/100으로 산정된다.
- 2) 지역가입자의 보험료 산정 기준은 지역가입자의 연간이 소득이 500만원을 초과하느냐에 따라서 달라진다. 연간 소득이 500만원을 초과하지 않는 지역가입자의 보험료는 (생활수준 점수 및 경제활동수준 점수 + 재산 점수 + 자동차 점수) × 점수당 금액을 곱하여 산정하지만, 500만원 초과하는 지역가입자의 보험료는 (소득점수 + 재산 점수 + 자동차 점수) × 점수당 금액으로 산정한다.
- 3) 재정통합이 이루어지기 전까지는 지역가입자의 세대별 보험료는 기본보험료와 능력비례보험료로 구성되어있는데, 기본보험료는 세대당 보험료(정책) + 피보험자당 보험료(정책)로, 능력비례보험료는 소득비례보험료(30등급) + 재산비례보험료(30등급) + 자동차(5등급)로 구성되어 있었다. 이러한 보험료체계는 가입자 개인의 경제적 상황에 따라서 능력비례보험료의 부담비율이 작거나 또는 작아지게 되는 경우에는 보험자의 재정을 유지하기 위해서 기본보험료의 비율을 올릴 수밖에 없는 구조였고 실제로 소득과악율이 극도로 저조한 상황에서 기본보험료의 비율이 점차 높아져서 저소득층의 과중한 부담 및 소득에 대한 보험료 부담의 역진성 문제가 계속적으로 제기되었다. 이러한 문제점들을 시정하기 위하여 직장가입자와 지역가입자의 건강보험을 통합하고 단일한 재정 하에 보험을 운영하는 방안이 모색되었다. 정부는 1999년 제정된 국민건강보험법에서 지역가입자에 대해서도 소득만을 경제적 부담능력의 기초로 삼으려고 하였다. 정부는 이를 규정한 조항의 적용을 지역가입자의 객관적인 소득 기준에 의한 보험료 부과 체계를 마련할 때까지 재정통합조치과 함께 유예하였지만, 유예기간 동안 이러

있는 상황에서 보험료의 경제적 부담능력을 법제도적으로 다르게 규정하고 있는 것은 직장가입자와 지역가입자간의 보험료 부담의 불평등이라는 문제를 야기한다. 이러한 불평등의 문제는 직장가입자의 입장에서, 그리고 지역가입자의 입장에서 제기된다. 먼저 직장가입자의 입장에서 볼 때 직장가입자의 보수 지급 상황은 보험 당국에 거의 그대로 노출되어 있어서 보수에 따라서 보험료를 충실히 부담하고 있지만 지역가입자의 소득 파악은 매우 불충분하여 지역가입자는 보험료를 충실하게 부담하지 않고 있다고 생각한다. 즉, 직장가입자들은 국민건강보험재정의 전체 재정에서 직장가입자가 불공평하게 더 많은 재정을 부담하는 반면 지역가입자자들은 본인들이 부담해야 할 것보다 더 적게 보험료를 부담한다고 생각하는 것이다. 다음으로 지역가입자의 입장에서 볼 때는 보험료를 부담하는 경제적 기준이 직장가입자의 경우에는 보수와 보수를 제외한 소득에 한정되어 있지만 자신들의 경우에는 소득 외에도 재산과 생활수준·경제활동참가가능성이라는 지표까지도 보험료 부담의 산정·부과기준으로 함으로써 직장가입자와는 달리 실제의 보험료 부담 능력 이상으로 보험료를 부담하고 있다고 생각한다.

헌법재판소는 사회보험에서 보험료는 보험가입자 또는 그 사용자가 보험자의 보험급여를 위한 재정에 충당할 목적으로 법률에 근거하여 납부하는 일종의 공과금이기 때문에 헌법상의 평등원칙에서 파생하는 부담평등의 원칙은 조세뿐만 아니라, 보험료를 부과하는 경우에도 준수되어야 한다고 한다. 즉, 조세를 비롯한 공과금의 부과에서의 평등원칙은 공과금 납부의무자가 법률에 의하여 법적 및 사실적으로 평등하게 부담을 받아야 한다는 것이다(이른바 납부의무자간의 균등부담의 원칙). 앞에서 본 바와 같이 직장가입자와 지역가입자 모두 현재의 국민건강보험제도의 보험료 산정·부과 기준

한 기준을 마련하지 못 하였다. 결국 2000년 12월 법개정에서 현재의 규정과 거의 동일한 내용으로 변경되었다. 국민건강보험법 제정 이전의 시기와 비교하여 보면, 종전의 “기본보험료”가 현행 법에서는 “생활수준 및 경제활동참가율”이라는 지표에 의해서 산정되는 보험료로 대체되었다는 것이 가장 큰 차이점이다. 이러한 지표는 동 지표의 도입 당시 세대 합산 연간 과세소득이 500만원 이하인 세대의 경우에는 소득파악을 위한 자료가 거의 전무한 상황이었기 때문에 이들 세대 전체의 소득을 추정하는 의미로서 도입되었다고 한다. 그런데 그 뒤에 국민건강보험법이 개정되면서 지역가입자의 경제적 부담능력을 의미하는 용어는 “부과표준소득”으로 변경되었다가 2006년 12월 법개정부터는 지역가입자의 추정된 소득을 기준으로 보험료를 부과한다는 의미를 없애기 위해서 조항의 표제를 “보험료부과점수”로 변경하여 현재에 이르고 있다.

은 이와 같은 납부의무자간의 균등부담의 원칙에 위반되기 때문에 평등권이 침해되고 있다고 생각한다. 이와 같은 보험료 부담의 불공평을 둘러싼 논란은 2002년까지 직장가입자와 지역가입자에 따라서 분리되어 있던 보험재정이 하나의 보험자(국민건강보험공단) 하에 법제도적으로 통합됨에 따라서 심각한 사회문제로 비화되었다. 결국 직장가입자와 지역가입자의 보험료 산정 기준의 차이에 따른 보험료 부담의 차별이 헌법 제11조의 평등권을 침해한다는 주장은 헌법재판소에서도 이 사건 결정 이전에 다섯 차례나 다루어졌다.⁴⁾ 초기의 두 건의 결정은 모두 직장가입자들이 제기한 것이지만, 그 후의 이 사건 결정을 포함한 4건은 모두 지역가입자들이 제기한 것이다.

이 사건 결정을 포함한 여섯 번의 결정에서 현행 국민건강보험료의 보험료 산정·부과 기준은 모두 합헌으로 판단되었다. 합헌의 논거는 모두 동일한데 선례인 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정을 그대로 따르고 있다. 그런데 이 사건 결정이 주목되는 것은 이전의 결정에서는 모두 재판관 전원 일치로 합헌으로 판단되었지만, 이 사건 결정에서는 4인의 재판관이 위헌 의견을 냈다는 점에 있다. 그만큼 헌법재판소의 재판관 중에서도 현재와 같은 보험료 산정·부과 체계가 지역가입자들에게 매우 불공평하다는 것을 심각하게 받아들이고 있는 재판관들이 늘었다는 것이며, 이는 결국 현재의 법적 상태가 발본적인 개선 없이 지속된다면 향후 위헌으로 판단될 가능성이 높다는 것을 시사한다. 따라서 이하에서는 종래의 합헌 논거를 살펴보고 이 사건 결정의 반대의견을 논거를 살펴보기로 한다.

선례의 논거를 정리하면 대략 다음과 같다. 첫째, 건강보험 직장가입자와 지역가입자의 평등한 보험료의 부담을 위해서는 보험료를 산정함에 있어 양자에게 동일한 기준을 적용하는 것이 바람직하겠으나, 직장가입자와 지역가입자 사이에는 소득과약률, 소득신고의 방법, 소득결정방법, 보험료부과대상 소득의 발생시점 등에서 근본적인 차이가 있기 때문에 그렇게 할 수 없다. 특히 직장가입자의 소득은 거의 전부 파악되는 데 반하여, 지역가입자의 소득은 일부분밖에 파악되지 않는다는 점에서 현저한 차이가 있다. 둘째, 가입

4) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정, 판례집 12-1, 913; 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌마801 결정, 판례집 15-2하, 106; 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌마 299 결정, 판례집 24-1하, 505; 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2010헌바51 결정, 공보 제 202호, 907; 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2011헌바199 결정, 미수록.

자 간의 보험료 부담의 평등을 실현하기 위해서는 무엇보다도 직장가입자와 지역가입자의 소득과악률의 격차가 좁혀지고, 합리적이고 신뢰할 만한 지역가입자의 소득추정 방식이 개발되는 등의 현실적 여건이 확보되어야 한다. 그런데 오늘날 신용카드 사용의 확대, 현금영수증제도의 도입, 소득 축소·탈루방지업무를 위한 국세청 소득 자료 등과의 연계제도의 시행 및 소득탈루방지전담반의 운영, 사용자 및 세대주 지도점검제도의 시행 등으로 지역가입자의 소득과악률이 지속적으로 높아지고 있고, 지역가입자에 대한 보험료 산정방식을 합리적으로 개선하기 위한 연구가 계속되어 그 내용이 실제로 국민건강보험법 시행령 등에 반영되고 있으므로, 가입자 간의 보험료 부담의 평등을 위한 현실적 여건은 점차 개선되고 있다. 셋째, 위와 같은 개선에도 불구하고 직장가입자와 지역가입자의 소득과악률에 어느 정도의 격차가 있음을 부인할 수는 없지만, 직장가입자와 지역가입자 사이의 보험료 부담의 집단적 형평을 보장할 수 있는 제도적 장치가 존재한다면, 사회연대의 원리에 비추어 볼 때 보험료 부담의 평등원칙에 위배된다고 보기 어렵다. 건강보험정책심의위원회는 동수의 직장가입자 대표와 지역가입자 대표를 그 주요한 구성원으로 하는 피보험자의 대의기관으로, 직장가입자의 보험료율과 지역가입자의 보험료부과점수당 금액을 의결함에 있어서 직장가입자와 지역가입자 사이에 보험료 부담의 집단적 형평이 이루어지도록 노력하고 있다. 이러한 선례의 논거에 입각하여 이 사건 결정은 선례를 변경할 필요성이 없다는 점도 긍정하고 있다. 이에 관해서 이 사건 결정은 재정통합 이후 지역가입자의 소득과악률이 전반적으로 높아지기는 하였으나, 여전히 지역가입자의 소득은 직장가입자에 비하여 온전히 파악되지 않고 있으므로 지역가입자에 대한 보험료 산정·부과 시 소득 외에 재산 등의 요소를 추가적으로 고려하는 데에 어느 정도 합리적 이유가 있는 점, 재산 등의 요소를 추가적으로 고려함에 있어 발생하는 문제점은 보험재정의 안정성을 유지하는 한도 내에서 개선되어 나아가고 있다는 점을 들어 선례의 판단을 유지하는 것이 타당하며 달리 선례의 판단을 변경할 만한 사정변경이나 필요성이 인정되지 아니한다고 판단하고 있다.

이에 대하여 반대의견은 동일한 보험집단을 구성하고 있는 지역가입자와 직장가입자를 서로 달리 취급할 아무런 합리적 근거가 없음에도 지역가입자에 대하여서만 소득 이외에 다른 요소들을 근거로 소득을 추정하여서 보험

료를 산정·부과하도록 하는 것은 합리적 이유 없이 지역가입자에게 경제적 불이익을 주어 이들을 자의적으로 차별하는 것이라고 주장하고 있다. 그리고 이에 대한 논쟁의 핵심은 “실제 소득이 적어 사회적 배려가 필요한 저소득 지역가입자 등에 대하여 실질적인 부담능력에 따라 보험료를 조정하거나 감액할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있지 아니한 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다”는 점에 있다. 이에 관한 반대의견의 논거를 요약하면 다음과 같다. 첫째, 지역가입자 중에서 무소득세대에 대하여서는 별도의 보험료 산정·부과기준이 필요할 것인데 무소득세대의 상당수가 소득자료를 보유하기 힘든 저소득 취약계층이라고 한다면, 일률적으로 최저보험료를 부과하는 등의 특별한 배려가 필요한 것이지, 세대 구성원의 수나 연령을 기준으로 인두세와 같이 사회보험료를 부과하는 것은 사회연대의 원칙이나 소득재분배의 원리에 부합하지 않는다. 둘째, 직장가입자에 비하여 지역가입자의 소득과약률이 낮다는 현실적인 한계를 이유로 추정소득을 통하여 보험료 납부의무를 관철시키는 것이 불가피하다 하더라도 지역가입자에 대한 소득추정이 합리적이고 신뢰할 만한 기준에 근거하고 있지 않다면 추정소득에 대한 보험료부과는 보험가입자 사이의 부담의 평등을 제대로 실현할 수 없을 것이다. 그런데 현재의 보험료 산정·부과체계는 고소득 가입자에게 유리하고 저소득 가입자에게 불리한 구조로 설계되어 있으며 실질적인 부담능력이 소명되면 그에 따라 보험료를 조정하거나 감액할 수 있는 제도적 장치를 두는 것이 마땅함에도 그러한 보완장치를 두고 있지 않다. 셋째, 지역가입자의 소득과약률이 온전히 확보되지 않은 상태에서 실소득을 중심으로 부과체계를 개선할 경우 직장가입자의 재정적 부담이 과도하게 늘어날 것이라는 지적이 있지만, 소득이 많은 자들이 소득이 적은 자들보다 더 많은 보험료를 내는 것은 사회연대의 원칙에 따라 당연히 요청되는 것으로서 누구도 이의를 제기할 수 없으며, 전체 보험가입자의 보험료 부담을 낮추기 위하여서라도 피부양자 제도의 폐지나 소득반영률의 인상은 반드시 필요하다. 반면에 의료급여 수급자가 아닌 이른바 ‘생계형 체납자’들은 건강보험의 틀 안에 있어도 실제로는 보험료 체납으로 인한 급여제한으로 건강보험의 혜택을 받지 못하여 의료보장의 사각지대에 놓이게 되므로, 현행 국민건강보험법의 보험료 산정·부과 기준으로 인하여 초래되는 저소득 지역가입자들과 그 가족의 정신적·신체적 혹은 경제적 불이익은 매우 중대하다.

2002년의 건강보험 재정통합은 지역가입자로 구성된 지역건강보험조합의 대규모 적자를 직장가입자의 건강보험조합과 통합함으로써 해결하는 것과 아울러 지역가입자 중 저소득층의 과중한 보험료 부담 및 소득에 대한 보험료 부담의 역진성 문제를 해결하기 위한 것이었다. 보험료 산정·부과 체계를 소득중심의 단일한 기준으로 개편하는 방안은 건강보험 재정 통합 이래 보험당국과 정치권에서 지속적으로 논의되었고, 최근에는 구체적인 안까지 제안되고 있음에도 여전히 실현되지 못 하고 있다. 이렇게 논의만 거듭하다가 결국은 2014년의 ‘송파 세 모녀 사건’과 같은 비극을 낳았다. 물론 전 국민을 대상으로 단일한 보험자와 단일한 보험재정 하에 공적 건강보험제도를 운영하는 것은 매우 어려운 것이라는 점은 분명하기 때문에 상당한 시간을 요하며 국민적 합의도 필요할 것이다. 하지만 국회와 정부는 현재와 같은 보험료 산정·부과 체계는 지역가입자 중 저소득층에 대해서 과중한 부담을 지우고 있고 소득에 대해서 역진적이라는 문제점은 사회보험원리에 반한다는 이 사건 결정의 반대의견을 무겁게 받아들여야 할 것이다. 나아가 현재와 같은 보험료 산정·부과 체계는 장기적으로 공적 건강보험 재정의 유지와 건전성에도 심각한 문제를 발생시킬 가능성이 높다는 점에서 근본적인 개혁이 필요할 것이다.

» 정영훈(헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원)

<부록> 노동판례리뷰 2017 목록(주제별)

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
노동법의 적용	대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결	도재형	201701	노동리뷰 2017년 1월호
	서울고등법원 2016. 9. 1. 선고 2015누60220 판결	김 린	201702	노동리뷰 2017년 2월호
	울산지방법원 2017. 4. 13. 선고 2016구합6096 판결	양승엽	201709	노동법학 제63호
	서울중앙지방법원 2017. 6. 23. 선고 2017노922 판결	권오성	201709	노동리뷰 2017년 9월호
근로조건 결정규범	대법원 2017. 2. 15. 선고 2016다32193 판결	김근주	201705	노동리뷰 2017년 5월호
	대법원 2017. 5. 11. 선고 2012다200486 판결	노호창	201709	노동법학 제63호
	대구고등법원 2017. 10. 12. 선고 2017나20556 판결	권오성	201712	노동리뷰 2017년 12월호
	서울중앙지방법원 2017. 5. 18. 선고 2016가합566509 판결	김근주	201707	노동리뷰 2017년 7월호
	서울중앙지방법원 2017. 8. 10. 선고 2016가합26506 판결	노상현	201712	노동법학 제64호
근로조건	대법원 2017. 5. 17. 선고 2014다232296 · 2014다232302(병합) 판결	김홍영	201707	노동리뷰 2017년 7월호
	대법원 2017. 8. 18. 선고 2017도6229 판결	권오성	201712	노동법학 제64호
	대법원 2017. 9. 26. 선고 2016다238120 판결; 대법원 2017. 9. 26. 선고 2017다232020 판결	권오성	201712	노동법학 제64호
	대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도1060 판결	김홍영	201702	노동리뷰 2017년 2월호
	서울고등법원 2017. 2. 8. 선고 2016누50206 판결	구미영	201705	노동리뷰 2017년 5월호
	서울고등법원 2017. 5. 12. 선고 2016나2039352 판결	김홍영	201706	노동법학 제62호
	서울행정법원 2017. 4. 7. 선고 2016구합62399 판결	노호창	201706	노동법학 제62호
	서울중앙지방법원 2016. 12. 16. 선고 2015가단5124388(본소) · 2015가단5353094(반소) 판결	김근주	201704	노동리뷰 2017년 4월호
	서울중앙지방법원 2017. 1. 13. 선고 2016가합538467 판결(대상판결1), 서울중앙지방법원 2017. 3. 10. 선고 2014가단5356072 판결(대상판결2)	문준혁	201706	노동법학 제62호
	수원지방법원 성남지원 2017. 4. 4. 선고 2015가합206504 판결	양승엽	201706	노동법학 제62호
	서울중앙지방법원 2017. 5. 11. 선고 2016가단17109 판결	김기선	201709	노동리뷰 2017년 9월호
	인사이동, 징계, 근로 관계의 변동	서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누81989 판결	김홍영	201710
서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결		권오성	201710	노동리뷰 2017년 10월호
서울고등법원 2017. 9. 20. 선고 2017나2013890 판결		노호창	201712	노동리뷰 2017년 12월호
서울중앙지방법원 2017. 3. 16. 선고 2016가합538955 판결		도재형	201706	노동법학 제62호
대구지방법원 서부지원 2017. 4. 12. 자 2017카합5024 결정		김 린	201706	노동리뷰 2017년 6월호
의정부지방법원 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결	김근주	201710	노동리뷰 2017년 10월호	



대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
근로관계의 종료	대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다5170 판결	김 린	201701	노동리뷰 2017년 1월호
	부산지방법원 2017. 1. 19. 선고 2015가합49630 판결	노호창	201703	노동법학 제61호
	울산지방법원 2017. 10. 19. 선고 2017가합298 판결	권오성	201712	노동법학 제64호
노동조합	대법원 2016. 11. 10. 선고 2015도7476 판결	장영석	201702	노동리뷰 2017년 2월호
	대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결	강상태	201703	노동법학 제61호
	대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두2895 판결, 2015두1175 판결, 2015두1151 판결, 2015두776 판결, 2015두38917 판결	김 린	201703	노동리뷰 2017년 3월호
	대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결	정영훈	201703	노동리뷰 2017년 3월호
	대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결	오세웅	201703	노동법학 제61호
	대법원 2017. 6. 29. 선고 2014도7129 판결	강선희	201709	노동리뷰 2017년 9월호
	서울고등법원 2016. 10. 14. 선고 2015나2054842 판결	강선희	201706	노동법학 제62호
	서울고등법원 2017. 3. 24. 선고 2016나2033477 판결	노상현	201706	노동법학 제62호
	서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70088 판결	강상태	201707	노동리뷰 2017년 7월호
	서울행정법원 2017. 6. 16. 선고 2016구합62436 판결	김홍영	201708	노동리뷰 2017년 8월호
	헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2015헌마653 결정	정영훈	201711	노동리뷰 2017년 11월호
헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2015헌마653 결정	양승엽	201712	노동법학 제64호	
쟁의행위	대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도1690 판결, 서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015노191 판결 (원심)	심재진	201704	노동리뷰 2017년 4월호
	대법원 2017. 4. 7. 선고 2013다101425 판결	권오상	201706	노동리뷰 2017년 6월호
	대법원 2017. 4. 7. 선고 2013두16418 판결	박은정	201707	노동리뷰 2017년 7월호
	대법원 2017. 4. 13. 선고 2016도17412 판결	신수정	201706	노동리뷰 2017년 6월호
	대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3185 판결	오세웅	201709	노동리뷰 2017년 9월호
	대법원 2017. 8. 18. 선고 2017다227325 판결	신수정	201712	노동법학 제64호
	부산고등법원 2017. 8. 24. 선고 2013나9475 판결	권오성	201711	노동리뷰 2017년 11월호
	서울중앙지방법원 2017. 4. 28. 선고 2016가합520510 판결	권오성	201708	노동리뷰 2017년 8월호
울산지방법원 2017. 5. 18. 선고 2015가합2344 판결	김근주	201709	노동리뷰 2017년 9월호	

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
비정규직	대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결	강상태	201701	노동리뷰 2017년 1월호
	대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결	강선희	201706	노동법학 제62호
	대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43288 판결	김근주	201702	노동리뷰 2017년 2월호
	대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결	김홍영	201705	노동리뷰 2017년 5월호
	대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결	박은정	201704	노동리뷰 2017년 4월호
	대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결	김기우	201712	노동법학 제64호
	대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결	강선희	201712	노동리뷰 2017년 12월호
	서울고등법원 2016. 9. 28. 선고 2015누54706 판결	박은정	201703	노동법학 제61호
	서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30189 판결	강선희	201706	노동리뷰 2017년 6월호
	서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016나11051 판결	양승엽	201707	노동리뷰 2017년 7월호
	서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79078 판결	박은정	201708	노동리뷰 2017년 8월호
	서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016누51667 판결	양승엽	201709	노동법학 제63호
	서울중앙지방법원 2016. 9. 22. 선고 2015가합528531 판결	심재진	201707	노동리뷰 2017년 7월호
	서울행정법원 2016. 10. 20. 선고 2015구합71068 판결	노상현	201701	노동리뷰 2017년 1월호
	서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결	김홍영	201703	노동리뷰 2017년 3월호
	서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2016가합511776 판결	김 린	201705	노동리뷰 2017년 5월호
부산지방법원 2017. 3. 15. 선고 2016나49655 판결	노호창	201709	노동법학 제63호	
서울행정법원 2017. 9. 22. 선고 2017구합52108 판결	박은정	201712	노동리뷰 2017년 12월호	
사회보장, 노동시장	대법원 2016. 8. 25. 선고 2013두14610 판결	김 린	201706	노동법학 제62호
	대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840 판결	권오성	201709	노동법학 제63호
	대법원 2017. 8. 23. 선고 2015두51651 판결	노호창	201710	노동리뷰 2017년 10월호
	대법원 2017. 8. 29. 선고 2017두44718 판결	박은정	201711	노동리뷰 2017년 11월호
	서울고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016누81972 판결	노호창	201708	노동리뷰 2017년 8월호
	서울고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016누81972 판결	오세웅	201712	노동법학 제64호
	부산지방법원 2016. 7. 20. 선고 2015구단21562 판결	박은정	201712	노동법학 제64호
	서울행정법원 2016. 10. 27. 선고 2015구합8534 판결	양승엽	201703	노동법학 제61호
	서울행정법원 2017. 6. 23. 선고 2016구합9800 판결	양승엽	201712	노동법학 제64호
	수원지방법원 평택지원 2017. 7. 7. 선고 2016가단45804 판결	신수정	201711	노동리뷰 2017년 11월호
	서울행정법원 2017. 7. 13. 선고 2017구단59751 판결	양승엽	201709	노동법학 제63호
헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2015헌바199 결정	정영훈	201703	노동법학 제61호	

◆ 執筆陣

- 김근주 (한국노동연구원 부연구위원)
- 김기선 (한국노동연구원 연구위원)
- 강선희 (법학박사)
- 강성태 (한양대학교 법학전문대학원 교수)
- 구미영 (한국여성정책연구원 연구위원)
- 권오상 (노동법인 유엔 공인노무사)
- 권오성 (성신여자대학교 법과대학 교수)
- 김기우 (한국노총 중앙연구원 연구위원, 법학박사)
- 김 린 (인하대학교 법학전문대학원 교수)
- 김홍영 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)
- 노상현 (서울시립대학교 법학전문대학원 교수)
- 노호창 (호서대학교 법경찰행정학부 교수)
- 도재형 (이화여자대학교 법학전문대학원 교수)
- 문준혁 (서울대학교 박사과정, 노동판례리뷰 간사)
- 박은정 (인제대학교 공공인재학부 교수)
- 신수정 (서울시립대학교 강사)
- 심재진 (서강대학교 법학전문대학원 교수)
- 양승엽 (연세대학교 법학연구원 연구교수)
- 오세웅 (고려대학교 강사)
- 장영석 (전국언론노동조합 공인노무사)
- 정영훈 (헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원)

노동판례리뷰 2017

- 발행연월일 | 2018년 1월 25일 인쇄
2018년 1월 30일 발행
- 발 행 인 | 배 규 식
- 발 행 처 | **한국노동연구원**
☐☐☐☐☐☐ 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089
- 조판 · 인쇄 | 천세 (02) 2272-2727
- 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일
- 등 록 번 호 | 제13-155호

© 한국노동연구원 2018 정가 15,000원

ISBN 979-11-260-0154-5


KLI
한국노동연구원

